Die Unterscheidung von Rechtsverordnungen und Verwaltungsverordnungen.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

DER

JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

SCHLESISCHEN FRIEDRICH-WILHELMS-UNIVERSITÄT
ZU BRESLAU

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Moritz Bileski,
Referendar.

R. Trenkel, Berlin
1913.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Prof. Dr. Brie.
Korreferent: Professor Dr. Gretener.

Meinen Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	Einleitung	13
	I. Kapitel. Rechtssatz und Verwaltungsvorschrift	15
	1. Abschnitt. Die die Verwaltungsvorschrift als selbständig nicht anerkennenden Theorien	15
§ 2.	Die Theorie Zorn	15
§ 3.	Die Theorie von Martitz-Hänel	20
	2. Abschnitt. Die Rechtssatz- und Verwaltungsvorschrift als selbständig anerkennenden Theorien	29
§ 4.	Die Theorie Bornhak	30
§ 5.	Die Theorie G. Meyer	31
§ 6.	Die psychologische Theorie Labands	36
§ 7.	Die Theorie der sozialen Schrankenziehung	38
	1. Der Rechtssatz	38
§ 8.	2. Die Verwaltung	43
§ 9.	3. Gegengründe	48
§ 10.	**II. Kapitel. Materielle und formelle Bedeutung**	58
	III. Kapitel. Rechtsverordnungen und Verwaltungsverordnungen im einzelnen	62
§ 11.	Die Rechtsverordnungen	62
§ 12.	Insbesondere: Die Notverordnungen	69
§ 13.	Die Verwaltungsverordnungen	87

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545317_0085

Literaturverzeichnis.

Affolter: Grundzüge des allgemeinen Staatsrechts. Stuttgart 1892.

Anschütz: Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des Königlichen Verordnungsrechts nach preußischem Staatsrecht. Tübingen und Leipzig 1901.

— Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz. Hallenser Dissert. 1891.

— Deutsches Staatsrecht in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. II. Leipzig und Berlin 1904.

— Der Ersatzanspruch bei Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handlungen der Staatsgewalt. Verwaltungs-Archiv Bd. 5, S. 22.

Arndt: Das Verordnungsrecht des Deutschen Reiches auf der Grundlage des preußischen und unter Berücksichtigung des fremdländischen Verordnungsrechtes. Berlin-Leipzig 1884.

— Das selbständige Verordnungsrecht. Berlin 1902.

— Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Berlin 1901.

— Das Reichsgericht und die Begriffe Gesetz und Verwaltungsvorschrift. Verwaltungsarchiv, Bd. 13.

— Verfassungs-Urkunde für den preußischen Staat.

Bernatzik: Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Wien 1886.

Beseler: System des deutschen Privatrechts. Berlin 1874.

Bischof: Das Notrecht der Staatsgewalt in Gesetzgebung und Regierung. Gießen 1860.

Bluntschli: Allgemeines Staatsrecht, Bd. II. München 1868.

— Staatswörterbuch, Bd. 2. Leipzig und Stuttgart 1876.

Böhlau: Mecklenburgisches Landrecht, Bd. I. Weimar 1871.

Bornhak: Preußisches Staatsrecht, Bd. I. Freiburg 1888.

— Allgemeine Staatslehre. Berlin 1896.

— Artikel „Verordnung“ in v. Stengels Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Bd. 2, S. 698. Freiburg 1890.

Brie: Zur Theorie des konstitutionellen Staatsrechts. Archiv. Bd. 4.

Cahen: La loi et le règlement. Paris 1903.

E. A. Chr.: Studien über das preußische Staatsrecht in Aegidis Ztschr. für deutsches Staatsrecht und deutsche Verfassungsgeschichte.

Daniels: Lehrbuch des gemeinen preußischen Privatrechts, Bd. 1. Berlin 1851.

Dernburg: Preußisches Privatrecht, Bd. 1. Halle 1894.

Dulheuer: Die Elemente des preußischen Rechts. Berlin 1862.

Dyroff: Rechtsetzung und Gesetz zunächst nach bayrischem Staatsrecht. Annalen des Deutschen Reiches 1889.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1. Berlin 1903.

Fischer: Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Berlin und Leipzig 1887.

Friedmann: Geschichte und Struktur der Notverordnungen, unter besonderer Berücksichtigung des Kirchenrechts. Stuttgart 1903.

Gareis: Allgemeines Staatsrecht.

Gaupp: Württembergisches Staatsrecht. Freiburg und Tübingen 1884.

Gerber, von: Grundzüge eines Systems des Staatsrechts. Leipzig 1869.

Gierke: Deutsches Privatrecht. Leipzig 1895.

— Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien. Ztschr. f. Staatsw. Bd. 30.

Glatzer: Das Recht der provisorischen Gesetzgebung in Sonderheit nach preußischem Staatsrecht. Breslau 1899.

Gneist: Verwaltung, Justiz, Rechtsweg. Berlin 1869.

Gumplowicz: Das österreichische Staatsrecht. Wien 1891.

Haenel: Deutsches Staatsrecht. Leipzig 1892.

— Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne. Leipzig 1888.

— Die organisatorische Entwicklung der deutschen Reichsverfassung. Leipzig 1888.

Hansel: Die Notverordnung nach deutschem Staatsrecht. Leipzig 1904.

Held, von: System des Verfassungsrechts der monarchischen Staaten Deutschlands, Bd. 2. Würzburg 1857.

Hensel: Die Stellung des Reichskanzlers nach dem Staatsrechte des Deutschen Reiches. Annalen 1882.

Hubrich: Das Reichsgericht über den Gesetzes- und Verordnungsbegriff nach Reichsrecht. Berlin 1905.

— Die reichsgerichtliche Judikatur über den Gesetzes- und Verordnungsbegriff nach preußischem Staatsrecht. Annalen 1904.

— Das Reichsgericht über die Begriffe: Gesetz und Verwaltungsvorschrift. Verw.-Arch., Bd. 13.

Jellinek: Gesetz und Verordnung. Freiburg 1887. Zit.: Jellinek.

— Recht des modernen Staates, Bd. IX. 1905.

Jhering: Der Zweck im Recht, Bd. I. Leipzig 1884.

John: Rechtsgültigkeit und Verbindlichkeit publizierter Gesetze und Verordnungen nach den Grundsätzen des preußischen Staatsrechts in Aegidis Zeitschrift für deutsches Staatsrecht und deutsche Verfassungsgeschichte, S. 270.

Kirchenheim, von: Einführung in das Verwaltungsrecht. Stuttgart 1885.

Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 2. Aufl. 1888. 4. Aufl. 1902.

— Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preußischen Verfassungsurkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes. Berlin 1871.

— Zur Lehre vom Budgetrecht. Archiv für öffentliches Recht, Bd. I.

Lewald: Hänel. Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne. Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft, Bd. 14.

Löning: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Leipzig 1884.

Martitz, von: Über den konstitutionellen Begriff des Gesetzes nach deutschem Staatsrecht. Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 36.

Mayer, O.: Deutsches Verwaltungsrecht. Leipzig 1895.

Meyer, G.: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts.

— Der Begriff des Gesetzes und die rechtliche Natur des Staatshaushaltes. Grünhuts Zeitschr. f. d. private und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 8.

Meyer-Anschütz: Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes. Leipzig 1905.

Meyer: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 5. Aufl. 1899.

Mohl, von: Staatsrecht, Völkerrecht, Politik, Bd. 2. Tübingen 1862.

— Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, Bd. 1. Tübingen 1846.

Planck: Die verbindliche Kraft der auf nicht verfassungsmäßige Weise entstandenen Gesetze und Verordnungen. Jherings Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und Deutschen Privatrechts, Bd. 9.

Pözl, von: Lehrbuch des bayrischen Verfassungsrechts. München 1870.

Prazák: Beiträge zum Budgetrecht und zur Lehre von den formellen Gesetzen. Archiv, Bd. 2.

Preuß: Über den konstitutionellen Gesetzesbegriff, Annalen 1903.

Proebst: Der Abschluß völkerrechtlicher Verträge durch das deutsche Reich und seine Einzelstaaten. Annalen 1882.

Rehm: Allgemeine Staatslehre. Freiburg 1899.

Roenne, von: Das Staatsrecht der preußischen Monarchie. 5. Aufl. v. Zorn. Bd. 1. Leipzig 1899. 4. Aufl. Leipzig 1881.

Rosin: Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen. 2. Aufl. Berlin 1895.

Rotteck, von: Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaft, Bd. II, Allgemeine Staatslehre. Stuttgart 1830.

Sarwey, von: Allgemeines Verwaltungsrecht. Freiburg und Tübingen 1884.

Schulze: Das preußische Staatsrecht. Leipzig 1872.

— Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. Leipzig 1881.

Schmitthenner: Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts. Gießen 1845.

Schwartz: Verfassungsurkunde für den preußischen Staat. Breslau 1898.

Seidler: Budget und Budgetrecht im Staatshaushalte der konstitutionellen Monarchie mit besonderer Rücksichtnahme auf das österreichische und deutsche Verfassungsrecht. Wien 1885.

Seligmann: Der Begriff des Gesetzes. Berlin und Leipzig 1886.

Seydel, von: Kommentar zur Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich. Freiburg und Leipzig 1887.

— Grundzüge der allgemeinen Staatslehre. Würzburg 1873.

— Bayrisches Staatsrecht. Freiburg und Tübingen 1888.

Spiegel: Die kaiserlichen Verordnungen mit provisorischer Gesetzeskraft nach österreichischem Staatsrecht. Wien 1893.

Stahl: Die Staatslehre und die Prinzipien des Staatsrechts. Heidelberg 1856.

Stein, von: Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts. Stuttgart 1870.

Stengel, von: Organisation der preußischen Verwaltung. Leipzig 1884.

— Begriff, Umfang und System des Verwaltungsrechts. Zeitschrift für Staatswissenschaften 1870.

— Das Staatsrecht des Königreichs Preußen. Freiburg und Leipzig 1894.

Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. 1. Berlin 1882.

Tezner: Die österreichische Notverordnung und die nach gleichen Grundsätzen zu behandelnden Angelegenheiten. Juristische Blätter. 1897, S. 362.

Thon: Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne mit Beziehung auf die gleichgenannte Abhandlung von Dr. Albert Haenel. Archiv Bd. 5.

Ulbrich: Österreichisches Staatsrecht. Tübingen 1909.

— Der Rechtsbegriff der Verwaltung. Grünhuts Zeitschrift, Bd. 9.

Wielandt: Staatsrecht des Großherzogtums Baden. Freiburg und Leipzig 1895.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt a. M. 1900.

Zachariae: Deutsches Staats- und Bundesrecht, Bd. 2. Göttingen 1854.

Zoepfl: Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts, Bd. II. Leipzig und Heidelberg 1863.

Zolger: Österreichisches Verordnungsrecht. Innsbruck 1898.
Zorn: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 2. Aufl. Berlin und Leipzig 1895.
— Gesetz, Verordnung, Budget, Staatsvertrag. Annalen 1889.
— Die deutschen Staatsverträge. Zeitschrift für Staatswissenschaften, Bd. 36.
— Zu den Streitfragen über Gesetz und Verordnungen nach deutschem Reichsrecht. Annalen 1885.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Seufferts Archiv.
Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts.
Entscheidungen des Königlich Preußischen Obertribunals in Striethorsts Archiv.

§ 1.

Einleitung.

Mit dem Worte „Verordnung“ bezeichnen wir eine der Äußerungsformen des Staatswillens. Es ist die Form, in welcher das Staatsoberhaupt ohne Zustimmung der gesetzgebenden Körperschaften Vorschriften erläßt. Die Bedeutung des Wortes „Verordnung“ in diesem Sinne, welche also zunächst nur eine Aussage über das sich äußernde Subjekt enthält, ist allseitig anerkannt[1]).

Wenn wir den Aufbau des modernen Staates erfassen und uns die Bedeutung der Funktionen verdeutlichen wollen, welche den verschiedenen Organen der Staatsgewalt obliegen, drängt sich uns die Frage auf, ob und wie diese Funktionen inhaltliche Unterschiede aufzuweisen haben. Diese Frage ist auch gegenüber dem Begriff der Verordnung zu stellen. Lassen sich mit dem Begriff der Verordnung bestimmte Inhalte verbinden? Und weiter (jede Begriffsbestimmung muß ja immer darauf hinauslaufen, Kategorien zu bilden, Einteilungen zu machen): Lassen sich die Verordnungen nach bestimmten inhaltlichen Gesichtspunkten in verschiedene Gruppen einteilen?

Die Frage ist in zahlreichen Schriften der neueren Literatur des Staats- und Verwaltungsrechts bejahend beantwortet worden. Man hat die Verordnungen eingeteilt in Rechts- und Verwaltungsverordnungen. Nicht gering ist aber auch die An-

[1]) S. z. B. Meyer, I S. 8. Laband, II S. 78. Meyer-Anschütz, S. 570. Mayer, S. 122. Anschütz b. Holtzendorff, S. 602. Jellinek, S. 366. v. Kirchenheim, S. 366. v. Gerber, S. 149. Zorn, Annalen 1885, S. 311, Zorn, Staatsr. I S. 128. Regelsberger, I § 118. Gaupp, S. 162. Beseler, S. 49.

zahl der Stimmen, die jede Einteilung der Verordnungen nach dem Inhalt ablehnen und mit dem Begriff der Verordnung entweder gar keine inhaltliche Bedeutung verbinden, oder ihm nur einen unteilbaren, sich stets gleichbleibenden Inhalt zubilligen wollen.

Bevor wir in die Erörterung der Streitfrage eintreten, ist auf eine inhaltliche Bedeutung des Begriffs Verordnung aufmerksam zu machen, die heute ebenfalls allseitig anerkannt und die zu behandeln nicht Gegenstand der Aufgabe ist. Es ist die Abgrenzung der Verordnung von der Verfügung: während sich die Verordnung mit der Regelung allgemeiner, abstrakter Angelegenheiten befaßt, hat die Verfügung regelmäßig die Erledigung eines Einzelfalles zum Gegenstande[1]). Es handelt sich also bei dieser Bestimmung nicht um eine Einteilung der Verordnungen, sondern um einen Inhalt, der die Verordnung von einem anderen Begriff, den sie nicht mit umfaßt, unterscheidet.

Die Schriftsteller, die zu dem Problem der Einteilung der Verordnungen nach materiellen Prinzipien Stellung genommen haben, lassen sich in drei große Gruppen einteilen. Die einen lehnen jede Einteilung ab. Jede Willensäußerung des Staates, auch die Verordnung, enthalte einen Rechtssatz, also sei eine Scheidung, welche einem Teil der Verordnungen den Charakter von Rechtssätzen zubillige, ihn aber für einen anderen Teil ablehne, ein Ding der Unmöglichkeit. Eine zweite Gruppe macht diese prinzipielle Scheidung, stellt aber den Rechtsverordnungen Vollzugsverordnungen gegenüber. Eine dritte schließlich unterscheidet, wie schon erwähnt, zwischen Rechtsverordnungen und Verwaltungsverordnungen.

---

[1]) Vgl. Meyer-Anschütz S. 570. Anschütz, bei Holtzendorff, S. 602, Jellinek, S. 367; Meyer, I S. 8; Entsch. des RG. i. Z. Bd. 45 S. 270. v. Sarwey, S. 29. Brie, S. 44.

1. Kapitel.

Rechtssatz und Verwaltungsvorschrift.

1. Abschnitt.

Die die Verwaltungsvorschrift als selbständig nicht anerkennenden Theorien.

§ 2.

Die Theorie Zorn.

„. . . Der Begriff Rechtsverordnung ist . . . nicht festzustellen . . . Der Unterschied zwischen materiellen Verordnungen, d. h. solchen, die Verwaltungsvorschriften geben, und formellen Verordnungen, d. i. solchen, welche Rechtsvorschriften enthalten, ist somit ganz unbegründet: Rechtsvorschriften und Verwaltungsvorschriften sind kein Gegensatz, vielmehr handelt es sich bei letzteren immer nur um Rechtssätze[1]." „Der Unterschied zwischen Gesetz und Verordnung ist kein innerer. Derselbe liegt vielmehr nur in der äußeren Form[2]." „Insbesondere kann die Unterscheidung zwischen einem materiellen und einem formellen Sinn der Gesetze und Verordnungen, je nachdem es sich um Rechtsvorschriften handele oder nicht, als innerlich begründet nicht angesehen werden. Denn Gesetze wie Verordnungen sind nur Formen für die Rechtsbildung: um eine Rechtsvorschrift muß es sich begrifflich bei jedem Gesetz und bei jeder Verordnung handeln[3]." „Das wesentliche der Verordnung liegt

---

[1]) Zorn, Staatsr. 2. Aufl. I S. 404.

[2]) Zorn, a. a. O. S. 401.

[3]) S. 404.

darin, daß durch dieselbe der Wille eines anderen mit ebenso rechtsverbindlicher Wirkung wie durch das Gesetz bestimmt wird[1]).“

Diese Sätze kennzeichnen deutlich genug den Inhalt der Theorie, die auch in der Verordnung nichts anderes als einen Rechtssatz sehen will[2])[3]).

---

[1]) v. Sarwey, S. 28.

[2]) So ferner noch v. Kirchenheim, S. 31; Bernatzik, S. 6; Zorn, Die dtsch. Staatsverträge S. 12; Gumplowitz, S. 16; Affolter, S. 74.

[3]) Es wären hier zu nennen auch die älteren Schriftsteller, welche die Verordnung rein formell auffassen und sie als eine nur der Form nach von der Gesetzgebung unterschiedene Quelle des Erlasses von Rechtssätzen ansehen. So v. Gerber, S. 149; Schmitthenner, S. 302; Böhlau, S. 311; Gneist, Verwaltung S. 73; v. Pözl, S. 412, 414; Unger, S. 26. Indessen ist hier die Entscheidung wohl zum Teil zurückzuführen auf die noch nicht genügend durchgebildete Terminologie. Sicher ist dies der Fall bei v. Gerber, S. 149. Er kennt neben den Verordnungen in dem oben erwähnten Sinne auch Anordnungen, welche ebenfalls nur in der Form allgemeiner Vorschriften gegeben werden können. „Sie betreffen die Ausführungen des als Gesetz oder sonst bestehenden Rechts durch Lokalisierung der Tätigkeit der Behörden, welche mit seiner Vollziehung betraut sind, durch Bestimmung der geeigneten Mittel sowie des dabei zu beobachtenden Verfahrens und durch Erläutern der Vorschriften über die Anwendung der allgemeinen Grundsätze im einzelnen. Keine dieser Vorschriften will selbst neue Rechtssätze schaffen. Sie setzen vielmehr immer das Dasein solcher voraus und wollen nur die konstante und ordnungmäßige Anwendung derselben in einer allgemein wirksamen Weise sichern.“ Diese Vorschriften, gleichfalls häufig Verordnungen genannt, sollten, so meint er, anders bezeichnet werden.

Ebenso ist bei Zolger (S. 8, 28), der gleichfalls die formelle Auffassung teilt und in der Verordnung nur Rechtssätze erblickt, der Grund nur in der Terminologie zu suchen. Denn er stellt den Verordnungen „Normale“ gegenüber, die sich vollständig mit Verwaltungsverordnungen decken.

Auch L. v. Stein ist hierher zu rechnen. Daß dieser unter seinem Verordnungsbegriff nur Rechtssätze aufgefaßt wissen will (was mit voller Schärfe nicht ausdrücklich gesagt ist), ergibt sich aus der Einteilung, die er macht; Vollzugsverordnungen, die Gesetze ausführen, Verwaltungsverordnungen, die in Ermangelung von Gesetzen erlassen werden, Notverordnungen, die „in einem Falle größerer Gewalt“ an Stelle von Gesetzen erlassen werden. Ferner aus folgender Stelle (Handb. I S. 100): „Die Verordnung ist ihrem formalen Begriffe nach der selbständige Wille der Regierung, die in der Verordnung ihre eigene Selbstbestimmung zum

Ihre Begründung findet diese Theorie in folgender Überlegung[1]): Jeder Wille des Staates, er enthalte was er wolle, ist Recht, sofern er nur in den verfassungmäßig vorgeschriebenen Formen gebildet worden ist. Inhaltlich ist eine Unterscheidung zwischen den verschiedenen Formen der staatlichen Willensäußerungen nicht zu machen. Sie unterscheiden sich lediglich durch die Tatsache, daß einmal der gesetzgebende Körper seine Zustimmung geben muß, das andere Mal diese Zustimmung nicht notwendig ist. Der Unterschied ist also ein rein formeller. Gesetz und Verordnung sind überhaupt nur als formelle Begriffe anzusehen[2]). Inhaltlich aber lassen sich Unterscheidungen nicht

---

gültigen Recht für das ganze Staatsleben macht". „Das Verordnungswesen enthält alles öffentliche Recht, was nicht Gesetz ist" (S. 103). Andererseits sagt er aber auch (S. 136): „Sowie man das Verordnungswesen als eine rechtsbildende Kraft überhaupt neben dem Gesetze anerkennt, so scheiden sich alle Verordnungen in zwei große Elemente. Das erste enthält in der verordnenden Gewalt diejenigen Bestimmungen, welche die augenblicklichen Verhältnisse und Tatsachen nötig machen. Das zweite aber besteht in dem, was durch das dauernde und gleichartige in den letzteren gefordert wird und daher selbst der Verordnung ihre dauernde Gültigkeit verleiht. Mit dem ersteren gehört jede Verordnung dem Begriff der vollziehenden Gewalt an und verschwindet daher selber mit dem Augenblick, wo der Gegenstand aufhört dem Staatswillen entgegenzutreten. Mit dem zweiten Elemente aber enthält die Verordnung den Charakter und das Recht eines Gesetzes, ohne doch ein Gesetz zu sein". Darin steckt sozusagen gefühlsweise der Gegensatz zwischen Rechtsverordnungen und Vollzugsverordnungen.

[1]) Zorn, Staatsr. I. S. 99, 106. Ann. 1885, S. 304. So auch Arndt, Das Verordnungsr. d. Dtsch. Reiches, S. 3.

[2]) Auch Arndt (Verordnungsr. d. Dtsch. R., S. 3) schließt sich der rein formellen Auffassung der Verordnungen an. Freilich will er damit nicht sagen, daß der Inhalt der Verordnungen sich stets gleich bleibe. Vielmehr spricht er davon, daß die Verordnungen Rechtssätze enthalten können, er muß wohl also auch einen anderen Inhalt als möglich ansehen. Jedoch stellt er einen nach Inhalten bestimmten Begriff nicht auf, vielmehr erscheinen die Inhalte für seine Untersuchung belanglos (s. z. B. das Reichsgericht üb. den Gesetzes- und Verordnungsbegr. Verw. Arch. 12, S. 212. Das selbständige Verordnungsr., S. 241). Er sagt aber auch allgemein, daß Verwaltungsvorschrift überhaupt kein Gegensatz zu Rechtsvorschrift sei (Verw.Arch., S. 215).

Hubrich weist darauf hin, daß Arndt seine formellen Begriffe nicht

machen. Denn jeder verfassungsmäßig zustandegekommene Wille des Staates enthält mit Notwendigkeit einen Rechtssatz. Auch die Verordnung muß also immer einen Rechtssatz zum Inhalt haben.

Es ist selbstverständlich, daß selbständige Materien für Gesetzgebung und Verwaltung nach dieser Auffassung nicht existieren können. Wenn die Anordnungen des Staates ihrem Inhalte nach absolut einheitlich sind, so ist damit auch gesagt, daß bestimmte Gebiete in der Staatstätigkeit nach materiellen Gesichtspunkten nicht abzugrenzen sind. „Der ganze Gegensatz zwischen Gesetz und Verwaltung ist Fiktion“ [1]).

Um diese Ausführungen auf ihre Richtigkeit zu prüfen, müssen wir uns zunächst über den Begriff des Rechtssatzes klar werden. Nur wenn wir wissen, was ein Rechtssatz ist, werden wir entscheiden können, ob jede staatliche Willensäußerung einen Rechtssatz enthält. Diese Untersuchung hat sich natürlich nicht mit allem zu befassen, was überhaupt vom Rechtssatz zu sagen ist, sie wird vielmehr auf die Beantwortung der Frage, ob sich der Rechtssatz inhaltlich von anderen staatlichen Willensäußerungen unterscheidet, zu beschränken sein.

Zorn selbst gibt uns an einer Stelle Aufschluß, was für ihn das wesentliche am Rechtssatz ist [2]). Er teilt die Anschauung, die vor allen von v. Martitz vertreten wird [3]). Das den Rechtssatz kennzeichnende Merkmal ist seine Unverbrüchlichkeit. Der Rechtssatz wirkt absolut bindend. Er ist von den Untertanen als eine Regel von durchaus zwingender Kraft zu beobachten. Er wirkt aber auch den Organen des Staates und dem Staate selbst gegenüber verpflichtend. Auch der Staat hat sich unter das von ihm gesetzte Recht zu beugen. Gerade

---

streng durchführt, vielmehr Gesetz bald den Ausspruch der obersten Behörden ohne Rücksicht auf den Inhalt nennt, dann wieder von einem Rechtsnormeninhalt spricht. (Hubrich, das Reichsger. über den Gesetzes- und Verordnungsbegr. Verw.Arch. 12 S. 448).

Scharf gefaßte Definitionen für die in Frage stehenden Begriffe lassen sich aus Arndts Schriften nicht ableiten.

[1]) Zorn, Ann. 1889 S. 354. Ferner v. Kirchenheim, S. 1; Arndt, Staatsr. S. 208.

[2]) Zorn, Annalen, 1889 S. 352.

[3]) v. Martitz, S. 207. So auch v. Sarwey, S. 2.

darin liegt das wesentliche Kennzeichen des Rechtssatzes, daß auch der Staat das Recht nicht beliebig brechen darf.

Hiermit ist nun aber keineswegs gesagt, daß jede Willensäußerung des Staates mit dieser Unverbrüchlichkeit ausgestattet, also ein Rechtssatz sein muß. Diese Behauptung Zorns ist durch seine auf von Martitz gestützte Argumentation nicht erwiesen. Sie entbehrt vielmehr jeder inneren Begründung. Denn das geschilderte Merkmal des Rechtssatzes ist nicht notwendig verbunden mit allen staatlichen Willensakten. Der Staat ist durchaus in der Lage auch Äußerungen zu tun, denen die ungemein starke Wirkung der absoluten Unverbrüchlichkeit abgeht. Und so erkennt auch v. Martitz einen inneren, nicht lediglich formellen Unterschied zwischen Gesetz und Verordnung an[1]). Er zählt eine Reihe staatlicher Willensakte auf, denen das Erfordernis der Unverbrüchlichkeit abgeht, die also keine Rechtsnormen enthalten[2]).

Die Unhaltbarkeit der Zorn'schen Auffassung zeigt sich deutlich an einigen unabweisbaren Konsequenzen. Der Staat könnte nichts anderes tun als Recht schaffen. Jede von ihm entfaltete Tätigkeit, welcher Art immer, wie unbedeutend und unscheinbar sie sei, wäre notwendig mit der Normierung von Rechtssätzen verbunden[3]). Ein Zustand, wie ihn Jellinek treffend schildert: „Wäre staatlicher Befehl und Rechtssetzung identisch, so müßte jedes Kommandowort des Unteroffiziers objektives Recht schaffen. Der Befehl des Amtsvorstehers an den Diener, das Amtslokal zu heizen oder zu lüften, wäre ein Bestandteil der Rechtsordnung. Die Bekanntmachung, daß das

---

[1]) v. Martitz, S. 256.

[2]) Seine Behauptung, daß jedes Gesetz einen Rechtssatz enthalten müsse (durch die Zorn vielleicht vor allem darauf gekommen ist, sich auf v. Martitz zu stützen), ist für uns in diesem Zusammenhang ohne Interesse: trotzdem können natürlich auch Verordnungen Rechtssätze enthalten, ohne daß andererseits ein Rechtssatz notwendig ihr Inhalt sein muß. Eine rein formelle Auffassung der Verordnung ist also damit noch nicht gegeben. Er sagt auch selbst (S. 221): „Wir alle wissen, daß es Verordnungen mit Gesetzeskraft gibt", und spricht andererseits, wie oben erwähnt, von staatlichen Anordnungen, denen diese Kraft mangelt.

[3]) Anschütz, Studien S. 16. Jellinek, S. 234.

Steueramt die Steuerraten nur zu bestimmten Tageszeiten in Empfang nimmt, enthielte ebenso einen Rechtssatz wie das Gesetz, welches die Steuerpflicht normiert". Schließlich müßte die für den modernen Staat so wichtige Unterscheidung von Gesetz und Verordnung notwendig mit dem Tage wegfallen, wo die Anordnung sowohl von Gesetzen, wie von Verordnungen demselben Organ zustände. Die den konstitutionellen Staat kennzeichnende Forderung nach Verteilung des Gesetzgebungs- und Verordnungsrechtes an verschiedene Organe hätte dann aber niemals erhoben werden können. Denn zur Zeit, wo man die Forderung stellte, waren ja beide Rechte in einer Hand vereinigt, man hätte also etwas gefordert, was nach Zorn überhaupt begrifflich erst möglich wurde, nachdem die Forderung erfüllt war. Das wird von Cahen[1]) ausgeführt: „Comme la législation et l'administration n'ont point de caractères propres, le jour où tous les actes actuellement attribués à des organes administratifs seraient confiés au Parlament, le jour où il n'y aurait plus division, mais confusion, où les deux pouvoirs n'enformeraient plus qu'un seul, sur quelle notion, s'appuirait — on, pour réclamer cette séparation qui semble indispensable à la liberté? Sur quelle principe a-t-on pu se fonder en 1789, pour proclamer la séparation des pouvoirs, et la réaliser, s'il n'ya pas de différenciation intrinsèque possible entre tous les actes? comment établir une démarcation entre deux domaines, s'ils ne se distinguent que du jour même où il sont délimités? il ya là un cercle vicieux, qui se retrouve nécessairement à la base d'une doctrine formaliste pure."

§ 3.

Die Theorie von Martitz-Hänel.

Wenn nun auch die von Martitz'sche Auffassung des Rechtssatzes eine Scheidung durchaus zuläßt, so enthält sie doch eine gewisse Annäherung an Zorn. Die Teilung richtet sich nämlich nicht nach dem Inhalt, d. h. nach dem was die staatliche Anordnung zum Gegenstande hat, sondern nach der

[1]) Cahen, S. 61.

Wirkung. Allein die Macht, welche der Befehl des Staates enthält, die Wucht, mit der er alle Staatsangehörigen und den Staat selber sich unterwirft, ist für seinen Charakter bezeichnend, die Tatsache, die er ausspricht, ist völlig belanglos[1]).

Immerhin wäre damit schon ein materielles Kriterium für den Rechtssatz und also auch für die staatlichen Willensakte je nachdem sie einen Rechtssatz enthalten oder nicht, gewonnen.

Die Theorie von v. Martitz ist ausgebildet worden von Hänel, dessen Lehre sich folgendermaßen darstellt[2]). Eine besondere Art der staatlichen Tätigkeit ist die Rechtssetzung. Sie schafft die Rechtssätze, deren Aufgabe es ist, objektive Normen aufzustellen, welche „als Richtschnur, Maßstab, Regel, nach welchen sich das Verhalten der an einem bestimmten Tatbestand Beteiligten als Rechte und Pflichten bestimmt", dienen. Das objektive Recht hat allgemeine bindende Anerkennung zu beanspruchen, es macht sich Staat und Staatsangehörige untertan, es ist absoluter, jeden anderen Willen beugender Herrscher. Ihm kommt die von v. Martitz betonte Wirkung der Unverbrüchlichkeit zu. Das objektive Recht bringt die subjektiven Rechte hervor, es begründet für einzelne Rechtsgenossen Berechtigungen, legt anderen Verpflichtungen auf. Es scheidet die Interessenssphären der Individuen voneinander, beschränkt und lenkt ihren Willen. Es schafft die Einrichtungen, welche ein vernünftiges Zusammenleben der Gesellschaft ermöglichen, und welche den gemeinsamen Interessen zu dienen bestimmt sind, dadurch, daß es ein Zusammenwirken der Einzelnen herbeiführt und die Einzelwillen zusammenspannt zu Organisationsformen, welche das dem Einzelnen Unmögliche erreichen können. So erfüllt es erst seinen wahren Beruf, der allgemeinen Kultur, den allgemeinen Menschheitszwecken zu dienen.

---

[1]) Wenn v. Martitz auf S. 252 für die Teilung der Gewalten die Bestimmung nach der Wirkung ablehnt und sie nur nach der Materie vornehmen will, so steht das im Widerspruch mit seinen vorherigen Ausführungen: zum mindesten für die Gesetzgebung lehnt er gerade das Vorhandensein eines bestimmten Gebietes ab und erklärt sie lediglich durch ihre Wirkung.

[2]) Hänel, das Gesetz im formellen und mat. Sinne S. 116, 121, 122.

Diese Normen schaffende, regulative Tätigkeit des Staates verlangt mit Notwendigkeit eine weitere Entfaltung der Staatskräfte, welche die Regeln zur Anwendung bringt. Die Gesetze müssen ausgeführt werden. Das ist die Aufgabe der Vollziehung[1]).

Es wird damit also eine Verschiedenheit in der Betätigung des Staates als vorhanden anerkannt. Aber die Vollziehung ist ihrem ganzen Wesen und ihrem ganzen Bestande nach von der Rechtssetzung abhängig[2]). Die Vollzugsvorschrift ist nur für den Rechtssatz da, sie hat sich durchweg nach ihm zu richten. Sie führt keine selbständige Existenz, sie ist überhaupt erst möglich, wenn der Rechtssatz da ist, dem zu dienen sie berufen ist.

Die Unterscheidung liegt also in der Art des Willens, den der Staat äußert[3]). Es ist eine psychologische Unterscheidung. Einmal gebietet der Staat, er tut Äußerungen, die allgemein verbindliche Kraft haben, die eine Unterwerfung verlangen. Das andere Mal führt er lediglich aus, richtet sich nach den vorhandenen Vorschriften, will selbst nur anderen, höherstehenden Zwecken dienen, nicht selbst Zwecke schaffen. Diese innere Verschiedenheit des Willens, die ganz verschiedene Wirkungen hervorrufen will, ist das Merkmal. Das eine Mal fungiert der Staat als allmächtiger Gesetzgeber, das andere Mal nur als Inhaber der Dienstgewalt, der selbst dem Gesetze unterworfen ist. Daher muß jedes Gesetz Rechtssätze enthalten[4]). Jeder rechtlich überhaupt relevante Inhalt von Gesetzen muß Rechtssatz sein. Das Gesetz ist ausschließlich für die Schaffung von Rechtssätzen bestimmt, es ist nicht eine „Allerweltsform, die allen möglichen, die jedem beliebigen Gedanken Ausdruck verleihen kann“[5]). Dem entspricht die Verkündungsform der Gesetze, die Formel: „Wir verordnen, was folgt“[6]). Nur was sich unter diese Formel bringen läßt, kann als tatsächlicher

---

[1]) Hänel, Staatsr. S. 121.
[2]) So auch Bernatzik, S. 3. v. Rönne, S. 416.
[3]) Hänel, Gesetz S. 200.
[4]) Hänel, Gesetz S. 235.
[5]) Hänel, Gesetz S. 275.
[6]) Hänel, Gesetz S. 160.

Gesetzesinhalt angesehen werden. Demzufolge ist der Inhalt von Gesetzen, die sich mit diesen Erfordernissen nicht decken (wobei aber darauf zu achten ist, daß viele Gesetzesvorschriften erst mittelbar ihre Bedeutung gewinnen, dadurch daß sie Definitionen u. dgl. liefern), rechtlich nicht als Gesetz anzusehen, er ist ein rechtliches Nichts, das an dem gesetzgeberischen Willen nicht teilhaben kann[1]).

Das Gebiet, auf welchem der Staat tätig wird, ist für die Charakterisierung seiner Willensäußerung völlig gleichgültig. Recht wird bei jeder nur denkbaren Staatstätigkeit geschaffen. „Es gibt keine Aufgabe des Staates, heiße sie wie sie wolle, für welche nicht das Recht und folgeweise die Rechtssetzung und die Wahrung des Rechts notwendiges Mittel wäre. Ueberall fordern die Aufgaben, die sich der Staat setzt, ein Verhalten der Untertanen, das nach Recht und Pflicht bestimmt werden muß, oder eine eigene Wirksamkeit seiner Organe, die nicht minder der rechtlichen Ordnung in Geboten, Verboten, Ermächtigungen bedarf, und das gilt ganz selbstverständlich insbesondere auch von den Aufgaben, welche auf die Selbsterhaltung des Staates und auf Förderung der Volksinteressen, auf Staats- und Kulturpflege gerichtet sind“[2])[3]). So ist auch

---

[1]) Hänel, Gesetz S. 170.

[2]) Hänel, Staatsr. S. 127.

[3]) Die Aufgaben des Staates, den Inhalt seiner Tätigkeit, nennt Hänel Verwaltung. (Gesetz S. 180, Staatsr. S. 119.) Es ist dies einer der Begriffe, durch die er den Staat kennzeichnet: Verfassung, die Struktur des Staates; Regierung, die Tätigkeitsformen des Staates, sich teilend in Gesetzgebung und Vollziehung; Verwaltung, der Zweck des Staates. Er greift damit zum Teil auf eine von älteren Schriftstellern, ferner auch v. Schulze, preuß. Staatsr. I, S. 20, v. Stengel, Organisation, Löning, S. 1, sich findende Teilung in Verfassung und Regierung zurück und setzt sich in Widerspruch mit dem heute als herkömmlich anzusehenden Sprachgebrauch, nach welchem Verwaltung seiner Vollziehung entspricht. (Damit soll nicht gesagt sein, daß in der obigen Auffassung Verwaltung und Vollziehung dasselbe sein müssen, sie entsprechen einander nur. Über ihr inneres Wesen wird ja gerade noch zu reden sein.) Die Bezeichnung ist tatsächlich nicht besonders glücklich: Bei Verwaltung denkt man immer an eine Tätigkeit, ein Handeln, nicht an bestimmte Gegenstände und Materien, an bestimmte einzelne Aufgaben. Auch die ältere Sprach-

der Umstand, daß Gesetze Verwaltungsvorschriften enthalten, völlig einflußlos auf ihren Rechtssatzcharakter. Jeder Rechtssatz muß einen positiv bestimmten Inhalt haben[1]), er muß gewisse psychische, physische, wirtschaftliche oder ethische Vorgänge bezeichnen, um sich überhaupt verdeutlichen zu können. Aber diese inhaltlichen Bestimmungen sind für den Rechtscharakter gleichgültig, sie sind nur der Stoff, den der Rechtssatz gestaltet. Wenn daher eine bestimmte Vorschrift gewisse kulturelle Interessen verfolgt, wenn sie bestimmte wirtschaftliche oder technische Verrichtungen anordnet, so schließt auch dieser Umstand, der den Inhalt des Gesetzes als zur Verwaltung gehörig bezeichnen läßt, den Rechtscharakter nicht aus. Es ist das vielmehr nur ein Anwendungsfall des allgemeinen Verhältnisses des Rechssatzes zu der in ihm bestimmten Verrichtung.

Wenn sich die staatlichen Anordnungen also lediglich durch ihren psychologischen Gehalt, durch die Wirkung, die sie sich beilegen, unterscheiden, so folgt daraus ein weiteres: Der Charakter einer Vollzugsvorschrift verändert sich durchaus, wenn sie als Gesetz erlassen wird, wenn sie also nicht mehr als Ausfluß der Dienstgewalt erscheint. Mit diesem Augenblicke ist die lediglich ausführende Vorschrift selbst in die Reihe der herrschenden Sätze eingetreten. Wenn ihr Gegenstand auch nach wie vor im Verhältnis zu einer anderen Vor-

---

weise faßt Verwaltung als Tätigkeit, als einen Teil der alle Tätigkeit umfassenden Regierung auf.

Eine eingehende Darstellung und Würdigung der Hänel'schen Dreiteilung würde über den Rahmen des Themas hinausgehen. Es sei nur soviel bemerkt, daß die vollkommen durchgeführte Vergleichung des Staatswesens mit der Psyche des Einzelnen manchmal übertrieben erscheint und zu unhaltbaren Zerreißungen einzelner Merkmale des Staates führt. So ist die Scheidung der Regierung von der Verwaltung nicht geeignet, eine klare Vorstellung vom Wesen des Staates zu geben. Das wesentliche an den Aufgaben des Staates ist doch gerade, wie sich der Staat in ihnen betätigt, ob gesetzgebend oder vollziehend (verwaltend). Der Stoff, die vorgenommene Verrichtung selbst ist etwas Farbloses ohne besondere Bedeutung, da doch der Staat die Erfüllung jeder nur denkbaren Aufgabe sich zum Ziele setzen kann.

[1]) Hänel, Gesetz S. 213.

schrift rein vollziehend bleibt, sie selbst hat jetzt Teil an der oberherrlichen Wirkung des Gesetzes, sie verlangt allgemeine Achtung und ist daher mehr geworden, als eine lediglich vollziehende Erscheinung. „Durch die Aufnahme einer Vorschrift, welche ihrem Inhalte nach eine Dienstinstruktion, ein „Verwaltungsbefehl", eine Verordnung im materiellen Sinne sein könnte, in ein Gesetz erfährt dieselbe eine fundamentale Umänderung ihrer rechtlichen Natur. Sie wird Norm des Gesetzgebers und ist in keinem Sinne mehr Befehl eines Inhabers der Dienstgewalt"[1]).

Diese Ausführungen, die von Hänel mit einer Fülle äußerst scharfsinniger Argumente gestützt werden, erscheinen gerade in den grundlegenden Fragen angreifbar.

Zunächst jedoch einige Einzelheiten. Die Behauptung Hänels, daß jedes Gesetz mit Notwendigkeit einen Rechtssatz zum Inhalt haben müsse, ist von ihm keineswegs erwiesen. Die Tatsache, daß das Gesetz — was unbestritten ist — vorzugsweise zur Bildung von Rechssätzen dient, daß es die für die Schaffung von Rechtssätzen zuständige Form ist, macht noch keineswegs zur absoluten Notwendigkeit, daß nun nichts anderes als Rechssätze seinen Inhalt bilden können. „Als ob man einen zur Aufnahme von Wein bestimmten und hierfür geformten Krug unter Umständen nicht auch mit Wasser füllen könnte, und als ob die Wirklichkeit des politischen Lebens so schablonenhaft und von so zarten Gesichtspunkten juristischer Aesthetik geleitet wäre, daß sie auch das geringste Bedenken tragen sollte, aus praktischen Gründen eine zunächst für einen bestimmten Inhalt ausgeprägte Form nach Belieben auch für andere, in die Form nur irgend wie aufnehmbare Inhalte zu verwenden"[2]).

Ebenso läßt sich aus der herkömmlichen Einleitungsformel der Gesetze nichts entnehmen. Die Berufung auf diese ist, wie Lewald ganz richtig bemerkt, ein Formalismus „wie er krasser kaum denkbar ist"[3]). Diese reine Formalie ist für den

---

[1]) Hänel, Gesetz S. 245; s. a. S. 210.
[2]) Lewald, S. 283.
[3]) Lewald, S. 283.

Inhalt völlig belanglos. Das zeigt schon die eine Konsequenz, die man unweigerlich ziehen müßte, wenn man sich auf die Buchstaben der Formel festlegen wollte, daß dann der Kaiser im Deutschen Reiche Gesetzgeber wäre.

Wenn Hänel weiter Gesetze, welche den von ihm erforderten Merkmalen nicht genügen, kurzer Hand den Charakter von Gesetzen im Rechtssinne abstreitet, so setzt er sich damit einfach mit den Tatsachen in Widerspruch[1]). Er bestreitet die Existenz von Dingen, die tatsächlich greifbar vorhanden sind.

Und schließlich ist eine seiner wesentlichsten Ausführungen, die, daß im Wege der Dienstgewalt erlassene Vorschriften mit ihrer Anordnung durch die Gesetzgebung eine fundamentale Aenderung ihres Wesens erführen, ohne Beweis. „Was berechtigt Hänel dazu, den materiellen Inhalt einer und derselben Willenserklärung ohne weiteres für einen verschiedenartigen zu erklären, je nachdem die Subjekte, von welchen die Erklärung ausging, verschiedene sind? Doch nur die Wirkung, nimmermehr der Inhalt einer Willenserklärung wird durch die Verschiedenartigkeit des Urhebers derselben beeinflußt. Es ist deutlich zu sehen, daß die Auffassung, welche Hänels Ausführung in Wahrheit zugrundeliegt, jene ... „Transsubstantiation“ durch die Gesetzgebung ist. Irgend welche näheren Angaben über das Zustandekommen dieser mystischen Rechtswirkung macht er freilich nicht, und wenn er zum Schluß den Unterschied zwischen “der Norm des Gesetzgebers“ und dem „Befehl des Inhabers der Dienstgewalt“ ohne Rücksicht auf den Inhalt der betreffenden Willenserklärung als den größten schildert, welchen das Recht kenne, nämlich als den zwischen objektivem und subjektivem Recht, so liegt hierin nichts anderes als eine flagrante petitio principii. Es liegt nämlich hierin die Behauptung, daß die konstitutionelle Gesetzgebung unter allen Umständen nur Rechtssätze erzeuge. Diese Behauptung soll aber gerade erst bewiesen, kann also zum Beweise nicht benutzt werden“[2]).

Schon die mangelnde Schlüssigkeit dieser einzelnen Aus-

---

[1]) Lewald, S. 284.

[2]) Lewald, S. 286.

führungen läßt den Beweis dafür, daß der Rechtssatzbegriff sich allein aus der Wirkung erklären ließe, unvollkommen erscheinen.

Aber auch die wesentlichsten Begriffe Hänels sind nur schwach gestützt. Zunächst fehlt es bei ihm an einer deutlichen Erklärung für den Begriff Rechtssatz. Rechtssätze schüfen objektives Recht. Natürlich geht die Frage weiter: „Was ist objektives Recht?“ und Hänels Antwort lautet: „Was subjektive Rechte und Pflichten hervorbringt“. Dieser Bescheid kann aber nicht befriedigen. Denn wie Anschütz[1]) hervorhebt, ist nun wieder der Begriff des subjektiven Rechts zu erklären. Offenbar soll auch für Hänel subjektives Recht etwas sein, was sich vom objektiven Recht herleitet. Dann ist der circulus vitiosus wieder geschlossen[2]).

Nun aber die Wirkung des Gesetzes, das Merkmal, auf dem die ganze Einteilung beruht, selbst. Sie zeigt sich lediglich als Ausfluß dessen, was im allgemeinen als formelle Gesetzeskraft bezeichnet wird. Diese „Unverbrüchlichkeit“, diese starke Wirkung, die v. Martitz und Hänel als wesentliches Merkmal des Gesetzes hinstellen, ist gerade das, was als formelle Kraft der Gesetze bezeichnet wird[3]). Die formelle Gesetzeskraft ist aber kein unbedingt wesentliches Merkmal des Rechtssatzes. Denn es gibt Rechtssätze, denen sie völlig fehlt, die — ja auch von Hänel anerkannten — Rechtsverordnungen.

Die Unverbrüchlichkeit müßte, wenn sie das spezifische Zeichen des Rechtssatzes sein sollte, wirklich ganz unumschränkt,

---

[1]) Anschütz, Studien S. 20.

[2]) Unwahrscheinlich erscheint, daß die von Anschütz als möglich angegebene Bedeutung gemeint sein soll, die nämlich, daß subjektive Rechte auch durch Vermittelung eines öffentlich-rechtlichen Rechtsgeschäfts begründet werden könnten. So durch die Anstellung des Beamten dessen dienstliche Rechte und Pflichten. Dann würde Hänel keine Erklärung für „Rechtssatz“ sondern nur für „Normen“ im allgemeinen geben; denn die öffentlich-rechtlichen Rechtsgeschäfte sind ja keine Rechtssätze, wenn sie subjektive Rechte hervorzubringen vermöchten, würde es kein wesentliches Merkmal des objektiven Rechtsatzes sein, daß er subjektive Rechte hervorbringt.

[3]) Anschütz, Studien S. 18.

Unverbrüchlichkeit im absoluten Sinne sein. Nun erkennen aber sowohl v. Martitz wie Hänel[1]) Abstufungen in der Stärke der Unverbrüchlichkeit an, indem für sie z. B. Verfassungsgesetze stärker als gewöhnliche Gesetze und diese wiederum stärker als Rechtsverordnungen sind. Damit fehlt dann aber die Möglichkeit von einer Unverbrüchlichkeit als Kennzeichnen des Rechtssatzes zu reden. Der Rechtssatz, der ein gewöhnliches Gesetz enthält, wäre einem in einem Verfassungsgesetze enthaltenen Rechtssatze gegenüber nicht unverbrüchlich, d. h. von der Kraft, daß er von keiner stärkeren Macht gebrochen werden könnte. Es wäre im Verhältnis zu dem übergeordneten Satz kein Rechtssatz. Normen, die nach einer Richtung betrachtet, Rechtssätze sind, nach einer anderen Richtung angesehen, nicht, kann es aber nicht geben. Der Eintritt solcher Erscheinungen zeigt nur, daß die Unverbrüchlichkeit als Merkmal des Rechtssatzes nicht ausreicht.

Ferner ist darauf aufmerksam zu machen, daß der Begriff des Rechtssatzes, der doch als abstrakter Begriff von zeitlichen Veränderungen unberührt bleiben müßte, je nach der Zeit die man betrachtet, verschieden ausfallen würde, wenn die ihm beigelegte Wirkung wesentlich für ihn wäre. Denn die formelle Gesetzeskraft ist nach Zeit und Ort ganz verschieden. „Da nicht zu leugnen ist, daß heutzutage mannigfach die Form des Gesetzes angewendet wird zum Erlaß von Normen, die im absolutistisch regierten Preußen kein Mensch für Rechtssätze hielt (finanzielle Maßnahmen, Budget, Grenzveränderungen) da ferner in verschiedenen Staaten die Ausdehnung der formellen Gesetzeskraft verschieden ist, so muß Hänel entweder alle staatlichen Normen überhaupt für Rechtssätze erklären oder zugeben, daß der Begriff des Rechtssatzes in Preußen jetzt ein anderer ist als vor 1850 und ein anderer als noch heute in Bayern oder Sachsen“[2]).

Schließlich läuft aber jede vom Inhalt absehende Erklärung des Rechtssatzes auf eine gewisse Übereinstimmung mit Zorn

---

[1]) v. Martitz, S. 218. Hänel, Staatsr. S. 125.

[2]) Anschütz, Studien S. 59.

hinaus[1]). Wenn man nur die Verbindlichkeit als Merkmal ansieht, so hat man keine Unterscheidung von den anderen staatlichen Normen. Auch diese haben immer irgendwie verbindliche Kraft. Dann ist also wiederum die Einheitlichkeit aller staatlichen Willensäußerungen statuiert.

Die Teilung der staatlichen Willensäußerungen lediglich nach der Verschiedenheit der Wirkungen, wobei eine Art abhängig von der anderen erscheint, führt also nicht zu einwandfreien Ergebnissen. Sie müßte unbefriedigend sein, auch wenn sich Gegengründe nicht geltend machen ließen. Wenn auch schließlich die Verschiedenheit der Wirkungen an sich ein deutlich trennendes Merkmal wäre, so würde doch die sich notwendig aufdrängende Frage: „Woher kommt nun diese Verschiedenheit der Wirkungen, was bezweckt sie eigentlich, was ist ihre Triebfeder?“ wieder auf eine inhaltliche Scheidung hinweisen. Es ist in der Tat so wie Lewald gegen Hänels Satz, daß die Verschiedenheit der Inhalte nur das allgemeine Verhältnis des Rechts zur in ihr bestimmten Verrichtung bedeute, also einflußlos sei, ausführt: „Sicherlich sind die Vorgänge, welche von den als Rechtssätze in unbestrittener Geltung stehenden Vorschriften geregelt werden, rein tatsächlicher Art, denn es ist gewiß etwas tatsächliches, wenn A dem B 5 M gibt oder D den C durchprügelt oder totschlägt. Aber sicherlich ist es doch ein ganz bestimmter scharf ausgeprägter Charakter jener tatsächlichen Vorgänge, welcher den dies betreffenden Vorschriften die eigentümliche Natur als Rechtssatz verleiht“[2]).

II. Abschnitt.

Die Rechtssatz- und Verwaltungsvorschrift als selbständig anerkennenden Theorien.

Es soll versucht werden, dieses hier gefühlmäßig angedeutete Charakteristikum zu entwickeln und zu einer Trennung der Rechtssätze von gewissen anderen staatlichen Normen und

---

[1]) Anschütz, Studien S. 18.

[2]) Lewald, S. 285.

zur selbständigen Gegenüberstellung beider Gruppen zu verwenden.

Es ist also die Möglichkeit staatlicher Willensakte aufzuzeigen, die aus einem selbständigen von der Rechtssetzung inhaltlich verschiedenen Gebiet staatlichen Wirkens herrühren. Dieses Gebiet ist die Verwaltung[1])[2]). Es ist zu beweisen, daß die Verwaltung nicht lediglich in Vollziehung besteht, wie Hänel will, daß sie ihr Wesen nicht in Ausführung und Anwendung der Rechtssätze erschöpft, sondern einer ganz spezifischen, von anderen Elementen unabhängigen Charakter hat.

§ 4.

Die Theorie Bornhak.

Eine eigentümliche Teilung dieser Art macht Bornhak[3]). Das Wesen des Rechtssatzes liegt nach ihm darin, daß dieser einen Tatbestand, einen wirklichen oder nur gedachten, voraussetzt und an diesen Rechtsfolgen knüpft. Gegenüber dem so beschaffenen Rechtssatze konstruiert Bornhak die rein tatsächlichen Anordnungen, die ohne Voraussetzung irgend einen tatsächlichen Vorgang bewirken.

Diese Einteilung entspricht nicht der wirklichen Natur des Rechtssatzes. Es ist ganz unzweifelhaft, daß auch Rechtssätze ohne weiteres Wirkungen hervorbringen können, ohne daß diese an einen gegebenen Tatbestand geknüpft sind. Sehr viele Vorschriften, die bestimmten Personen eine besondere Rechtsstellung verleihen, tuen dies, ohne irgend welche Voraussetzungen in der Persönlichkeit des Subjekts zu machen und sind doch ganz sicher Rechtssätze. So wird wohl die Bestimmung der Reichsverfassung, welche der Krone Preußen

---

[1]) Ein drittes ebenfalls von der Rechtsetzung verschiedenes Gebiet, auf welchem der Staat tätig wird, ist die Rechtsprechung. Diese ist für uns ohne Bedeutung, da sie keine Anordnungen trifft, sondern lediglich Entscheidungen fällt.

[2]) Darauf, daß die Verwaltung ein Gebiet staatlicher Tätigkeit, nicht die staatliche Tätigkeit überhaupt bezeichnen soll, ist schon oben S. 18 Anm. 1 hingewiesen worden.

[3]) Bornhak, preuß. Staatsr. S. 442 ff.

das Präsidium des Reiches zuspricht, auch von Bornhak als Rechtssatz anerkannt werden. Die Einteilung der Aussprüche des staatlichen Willens danach, ob sie ihre Wirkungen von dem Vorhandensein bestimmter Voraussetzungen abhängig machen oder nicht, kann also nicht zur Kennzeichnung des Rechtssatzes verwendet werden.

§ 5.

Die Theorie G. Meyer.

Rechtssetzung und Verwaltung als zwei unabhängige Gebiete finden wir ferner in der hauptsächlich von G. Meyer verfochtenen Anschauung[1]): Der Rechtssatz stelle immer eine allgemeine abstrakte Regel auf. Sache der Verwaltung sei die Erledigung der individuellen und konkreten Angelegenheiten. Dabei ist zur Allgemeinheit nicht notwendig erforderlich, daß jeder einzelne Rechtsgenosse von der Rechtsregel betroffen werde, vielmehr genügt ein gewisser beschränkter Kreis, aber diese relative Allgemeinheit muß der Rechtssatz haben; wenn nur ein einziger Fall Gegenstand der staatlichen Anordnung ist, handelt es sich um einen Verwaltungsakt. Diese Anschauung ist lange Zeit allgemein anerkannt worden.

Sie stützt sich insbesondere noch darauf, daß der Sprachgebrauch den Begriff des Rechtssatzes nur mit allgemeinen Regeln verbinde. Ferner auf die Analogie des Gesetzesbegriffes, wie er in nicht juristischem Sinne von anderen Wissenschaften gebraucht werde, z. B. beim Begriffe des Naturgesetzes. Auch hier solle mit dem Begriff Gesetz gerade die Allgemeinheit der Regel hervorgehoben werden.

Neuerdings sind gegen diese Unterscheidung starke Bedenken laut geworden. Es ist zunächst von Hänel[2]), erwiesen

---

[1]) G. Meyer, Der Begriff des Gesetzes, Grünhuts Ztschr. Bd. 8 S. 15 ff., ebenso v. Stengel, Organisation S. 1. Schulze, Dtsch. Staatsr. Bd. I S. 519. Seligmann, S. 68. Schulze, Preuß. Staatsr. Bd. II S. 265. Meyer-Anschütz, Staatsr. S. 27, 641. v. Rönne, S. 348. Endemann, Bd. I, 1 S. 30. Duguit L'état, I, le droit objectif et le droit positif 1904. zit. bei Cahen, S. 76. RGE. i. Str., Bd. 20 S. 179, Bd. 2 S. 103 RGE. i. Z., Bd. 9 S. 261. Bd. 43 S. 413. Rotteck, S. 203.

[2]) Hänel, Staatsr. S. 125.

worden, daß der Sprachgebrauch durchaus nicht Rechtssatz und Allgemeinheit in notwendige Beziehung zueinander setzt (ganz abgesehen davon, daß überhaupt das Beweismittel des Sprachgebrauchs immer sehr schwach ist und nie ausschlaggebend sein dürfte). Die Analogie mit Naturgesetz u. dgl. entbehrt ebenfalls jeder Beweiskraft. Es handelt sich ja gerade darum, den Gesetzes- und Rechtssatzbegriff in spezifisch juristischem Sinne festzustellen, und hier hat er einen Sinn, der sich von dem der anderen Wissenschaften durchaus unterscheidet.

Die Allgemeinheit im Rechtssatz erklärt sich vielmehr einfach daraus, daß gewöhnlich allerdings Rechtssätze für eine Fülle gleichartiger Tatbestände gegeben werden. Bei den mannigfachen Wiederholungen, die sich in den Wechselfällen des Lebens finden, ist es eine mit Notwendigkeit Erfüllung heischende Forderung der Gesetzestechnik, für gleiche Tatbestände gleiche Regeln zu geben. Das schließt aber nicht aus, daß auch für individuelle, nur einmal vorkommende Verhältnisse Rechtsnormen gegeben werden. Die Allgemeinheit ist, wie Laband[1]) es ausdrückt, nur ein naturale, nicht ein essentiale des Rechtssatzbegriffes . . . „Es tritt auch in unserer eine große Zahl konstante Typen der Lebensverhältnisse aufweisenden Gesellschaftsordnung eine nicht unbedeutende Anzahl von individuell gearteten Verhältnissen auf, die ohne Verletzung der materiellen Gerechtigkeit nach allgemeinen Normen nicht entschieden werden können. Auch solche individuelle Verhältnisse verlangen ihr Recht . . . Hier wird nämlich im gegebenen Falle entweder eine Rechtsregel vorhanden sein, unter welche das betreffende Verhältnis zu subsumieren wäre, die aber die Eigenart desselben nicht beachtet hat und ihm daher nicht gerecht wird, oder es wird überhaupt keine Norm für dasselbe existieren. In beiden Fällen wird ein Akt der Rechtssetzung vorgenommen werden, und zwar im ersten eine Aufhebung der bestehenden Normen für das betreffende Verhältnis, im zweiten eine Schaffung einer neuen positiven Norm“[2]). Die

[1]) Laband, Staatsr. Bd. I S. 513.

[2]) Jellinek, S. 239.

Eigenart dieser Individualsätze ist, daß der Rechtsgehalt sich mit einem Male erschöpft. Das ist eine Folge des zugrundeliegenden Tatbestandes, der nur einmal vorkommt[1]). Das Besondere ist also nicht, daß sich der Befehl der Individualnorm nur an einen einzelnen richtet, sodaß ein Gegensatz zu konstruieren wäre zu den Bestimmungen, welche sich an einen größeren Kreis richten, sondern daß die Individualnorm mit einmaliger Verwirklichung ihren Zweck erfüllt. Damit ist aber keine Abschwächung ihrer rechtssatzmäßigen Natur verbunden. Ja, es ist theoretisch durchaus denkbar, daß, wie Jellinek[2]) ausführt, ein Staat seine Rechtssetzung nur aus Individualnormen zusammensetzt.

Eine Fülle von Beispielen, die besonders von Laband und Cahen angegeben sind[3]), zeigen die Möglichkeit individueller Rechtssätze.

Genügend beleuchtet wird die Unzulänglichkeit der Lehre von der Allgemeinheit des Rechtssatzes durch einige sich aus ihr ergebende Folgerungen. Die Verletzung eines Individualgebotes könnte, da es sich ja nicht um Verletzung einer Rechtsnorm handelt, niemals widerrechtlich sein, würde also die gewöhnlich eintretenden Folgen unrechtmäßiger Handlungen nicht nach sich ziehen. Damit wäre in vielen Fällen die Absicht des Individualgesetzes, sein Schutzzweck, illusorisch gemacht[4]). Es braucht nicht näher ausgeführt zu werden, daß auch die Verletzung von Individualgeboten Unrecht sein kann, und daß das Bestreiten ihrer Widerrechtlichkeit unter Umständen zu praktisch unmöglichen Schlüssen nötigen würde.

Ferner könnte eine folgerichtige Durchführung der Lehre Verwaltungsverordnungen nicht anerkennen. Das Gebiet der Verwaltung ist ja gerade die Regelung des Einzelfalls, ihr Mittel müßte also einzig und allein die Verfügung sein. Verordnungen, die allgemeine Regeln aufstellen, hätten in der Verwaltung keinen Platz, sie müßten vielmehr immer in das

[1]) Thon, S. 154.
[2]) Jellinek, S. 238.
[3]) Laband, Bd. I S. 513. Cahen, S. 118.
[4]) Thon, S. 159.

Gebiet des Rechtssatzes fallen. Wenn daher Meyer-Anschütz und Seligmann[1]) allgemeine Verordnungen auch für die Verwaltung als möglich annehmen, so geraten sie in erheblichen Widerspruch zu ihrem Hauptsatze über die Verwaltung. Und wenn Seligmann dies damit zu rechtfertigen sucht, daß die „hierarchische Leitung der Verwaltung sich in Form allgemeiner Verordnungen äußern könne," die auch in das Gebiet der Verwaltung gehörten, so kann diese Begründung nicht als ausreichend anerkannt werden. Es ist nicht einzusehen, warum diese Anordnungen, denen nach Seligmann alle Erfordernisse des Rechtssatzes zugestanden werden müßten, keine Rechtssätze sein sollten. Der Umstand, daß sie die Verwaltung leiten, darf nicht angeführt werden, denn der Gegenstand der Verordnung ist ja für ihren Charakter nicht von Bedeutung. Also auch hiermit wird der Widerspruch nicht gelöst. Diese Motivierung deutet aber an, daß Seligmann den Gegenstand des staatlichen Befehls als für seinen Charakter bestimmend fühlt, — etwas was freilich gar nicht zu seinen sonstigen Ausführungen paßt.

Die — von vornherein etwas allzu äußerlich anmutende — Scheidung nach der Allgemeinheit des Umfanges kann als genügendes Kriterium für den Rechtssatzbegriff nicht anerkannt werden[2]). Der Unterschied liegt vielmehr auf einem ganz anderen Gebiet.

Eine eigentümliche Modifikation der Lehre von der Allgemeinheit findet sich bei Duguit[3]). Er unterscheidet den Verwaltungsakt vom Rechtssatz ebenfalls dadurch, daß jener eine individuelle einmalige Vorschrift gebe, dieser eine dauernde Regel aufstelle. Außerdem aber charakterisiert er den Verwaltungsakt damit, daß durch ihn juristische Lagen geschaffen werden, aus denen sich subjektive Rechte und Pflichten ergeben. „La situation, qui est produite (nämlich durch den acte administratif) est une

---

[1]) Meyer-Anschütz, S. 570, Seligmann, S. 68.

[2]) Ebenso außer den schon genannten v. Sarwey, S. 8; Jhering, Bd. I S. 344; Dyroff, S. 826; Stobbe, S. 123; Bornhak, preußisches Staatsr. S. 439; Laband, Budgetrecht S. 3; Löning, S. 226; Rosin, S. 8; Brie, S. 14.

[3]) Duguit, cit. bei Cahen S. 73.

situation iuridique subjective avec tous ses caractères“ [1]). Die Gesetzgebung dagegen schafft nichts neues, durch sie werden nur bereits vorhandene Sätze des objektiven Rechts festgestellt: Diese Sätze sind schon vorher da, denn sie sind auch für die Gesetzgeber verbindlich, sie stehen auch über diesen, können also von ihnen, als ihnen übergeordnet, nicht geschaffen, sondern nur festgestellt werden. „Nous avons montré que la solidarité sociale impliquait directement l'existence de règles, vraiement règles de droit, qui s'imposaient à tous, gouvernants et gouvernés, supérieures aux uns et aux autres. Par conséquent, quand les gouvernants formulent une règle de droit dans une loi positive, ils ne créent pas cette règle de droit, qui est antérieure et supérieure à eux; ils ne peuvent que la constater“.

Duguits Anschauung, (welche, soweit sie den Gegensatz: Allgemeinheit — Einzelfall enthält, bereits mit dem oben Gesagten widerlegt ist) kann auf hinreichende Klarheit keinen Anspruch machen. Die einzelnen Bestandteile lassen sich durchweg widerlegen. Es ist zunächst unrichtig, daß die Gesetzgebung einen Rechtssatz lediglich feststellt [2]). Duguit hat ganz die Möglichkeit der Selbstbindung des Staates vergessen. Wenn das Gesetz auch von denen, welche es geschaffen haben, geachtet werden will, so kann das sehr wohl durch Unterwerfung aus eigenem Entschlusse geschehen, wie sie in der Selbstbindung des Staates liegt. Daraus, daß der Verwaltungsakt etwas schafft, das Gesetz lediglich etwas feststellt, läßt sich ein Gegensatz, der auf den Gegensatz zwischen Verwaltungsakt und Rechtssatz weiter zu führen wäre (das Gesetz soll ja im Gegensatz zur Verwaltungsnorm einen „objektiven Rechtssatz“ enthalten, es ist die Form, in der dieser in die Erscheinung tritt) nicht herleiten.

Weiter. Es ist durchaus nicht gesagt, daß jeder Verwaltungsakt eine situation iuridique im Gefolge haben müsse, eine Lage, welche für das Recht von irgend welcher Bedeutung ist, es verändert oder sonst wie berührt. Viele Verwaltungsnormen

---

[1]) Duguit bei Cahen, S. 75.

[2]) Cahen, S. 88.

erschöpfen ihre Kraft in der Bewirkung rein tatsächlicher Vorgänge.

Vor allem aber ist es falsch, die subjektiven Folgen lediglich der Verwaltungsnorm zuzuschreiben und darin ein vom objektiven Rechtssatz und Gesetz unterscheidendes Merkmal zu sehen. Es ist kein Zweifel, daß Gesetze unmittelbar subjektive Rechte und Pflichten hervorrufen können. Das braucht nicht erst bewiesen zu werden, sondern ist eine einfache Selbstverständlichkeit. Sie leugnen, wäre Willkür.

§ 6.

Die psychologische Theorie Labands.

Einer durchaus verschieden gearteten Begründung für die selbständige Charakterisierung der staatlichen Willensakte begegnen wir bei Laband[1]). Er sieht sie auf ihre psychologische Beschaffenheit hin an. Der Staat kann seinen Aufgaben nicht gerecht werden, wenn er sich lediglich auf Rechtsetzung und Rechtssprechung beschränkt. In der Rechtssetzung äußert er seinen Willen, in der Rechtssprechung subsumiert er gegebene Tatbestände unter die gegebenen Rechtssätze, indem er die Regeln der Logik auf sie anwendet, sie nach ihren logischen Merkmalen einreiht, er denkt. Außerdem aber muß er notwendig sein Wollen und Denken in Wirklichkeit umsetzen, das kann er, wie jedes Individuum nur durch Vornahme von Handlungen, er muß tätig werden. Dieses Handeln ist die Verwaltung. So tritt die Verwaltung, das Handeln des Staates neben die Rechtssetzung, sein Wollen, und die Rechtssprechung, sein Denken. Es ist also nicht das, was die Norm enthält, sondern was sie ist, ihre Qualität, maßgebend.

Die Willensäußerungen des Staates gehen nun aber in dieser Einteilung nicht rein auf, vielmehr zeigt die Mehrzahl zum mindesten die psychologischen Bestandteile des Handelns und Wollens. Für die Gesetzgebung sind eben so wesentlich wie die Vorgänge bis zur Sanktion, in denen allerdings nichts

[1]) Laband, Staatsr. Bd. I S. 674.

weiter als Willensbildung zu finden ist, die Promulgation und Publikation. Diese Vorgänge gehören „durchaus dem Begriff der Handlung an. Der verkündete Gesetzesbefehl ist nichts anderes als die durch die Willenssetzung verursachte psychophysische Bewegung, welche eine bestimmte psychische Einwirkung auf diejenigen und ein dementsprechendes Verhalten derer, die es angeht, ins Werk setzt“ [1]). Diese Momente, in denen sich der Staat bereits vollkommen als tätiges Subjekt erweist, lassen sich von dem Wollen der Gesetzgebung nicht trennen, sie gehören auch zum Rechtssatz. Laband selbst führt eigentlich auf diesen Gedanken. Er sagt [2]), eine Verwaltungshandlung anzunehmen, sei nicht deshalb ausgeschlossen, weil nicht sämtliche zur vollständigen Durchführung erforderlichen Einzelhandlungen vom Staate selbst vorgenommen würden. Eine Eisenbahn werde vom Staate gebaut, auch wenn er nur die Anordnungen zum Bau erlasse. Denn in dieser Anordnung liege der Anfang der Handlungen, der Ursprung für die Kette von Einzelhandlungen. Dann ist aber zweifellos auch mit den oben bezeichneten Akten der Gesetzgebung bereits ein Anfang der Handlung gegeben, an den sich die weiteren den Rechtssatz zur Ausführung bringenden nur anschließen.

Andererseits liegt auch in den Verwaltungsakten wohl immer eine Willensbildung. Die Organe, welche die Handlungen der Verwaltung vornehmen, sind ja nicht tote Werkzeuge, die dem sie verwendenden Willen widerstandslos unterworfen sind. Auch sie müssen, wenn sie eine Handlung vornehmen, notwendig erst einen eigenen Willen bilden, ein anderer Vorgang ist gar nicht denkbar. Daß diese Willensbildung von fremden Einflüssen hervorgerufen, ja allein bestimmt worden sein kann, daß das handelnde Organ überhaupt nur die Durchführung eines fremden Willens zum Zwecke haben kann, ändert nichts an der Tatsache, daß es einen eigenen Willen haben muß, um überhaupt handeln zu können.

Es werden also die von Laband angegebenen psycholo-

---

[1]) Hänel, Gesetz S. 188. Ebenso Cahen S. 68.

[2]) Laband, Staatsr. Bd. I S. 678.

gischen Besonderheiten zur Sonderung der staatlichen Akte sich nicht verwenden lassen[1]).

Die Auffassung Labands läßt sich wohl darauf zurückführen, daß bei der einen Art der staatlichen Willensäußerungen in der Regel durchaus die Handlung im Vordergrunde steht, der gegenüber der Wille als selbstverständlich nicht weiter beachtet wird, während bei der anderen Art die Willensbildung selbst, die Tatsache, daß der Staat seinen Willen auf ein bestimmtes Gebiet richtet, dermaßen bestimmend wirkt, daß die zur Ausführung nötigen Handlungen nebensächlich erscheinen: Das hängt zusammen mit der wahren Natur des Rechtssatzes und der Verwaltungsakte, auf die wir jetzt eingehen.

§ 7.

Die Theorie der sozialen Schrankenziehung.

1. Der Rechtssatz.

Eine der wirklichen Natur entsprechende Vorstellung vom Wesen des Rechtssatzes können wir uns nur machen, wenn wir auf seinen Inhalt eingehen. Laband und Jellinek haben vor allem darauf hingewiesen[2]). Mit der Rechtssetzung entfaltet der Staat eine ganz bestimmte Tätigkeit: Er grenzt die Willenssphären der einzelnen ihm angehörenden Individuen von einander ab. Er weist ihnen den Raum zu, innerhalb dessen sie

---

[1]) Nicht beigetreten werden kann dem Einwand Seligmanns (S. 67), Labands Definition der Verwaltung als „freie Tätigkeit der Staatsregierung behufs Durchführung der staatlichen Aufgaben innerhalb der von der Rechtsordnung des Staates gesteckten Grenzen" sei deshalb unzutreffend, weil es noch andere Akte staatlicher Willensäußerung gebe, die sich innerhalb der von der Rechtsordnung gesteckten Grenzen bewegten (so z. B. Akte der Legislative, die Rechtsverordnungen). Das dürfte auf einem — aus Labands Fassung erklärlichen — Mißverständnis beruhen. In der obigen Definition ist das „frei innerhalb der Grenzen" zu betonen, es wird damit eine Unterscheidung von der Rechtsprechung gegeben (welche, wie noch zu zeigen ist, durchaus zutrifft). Eine positive Bestimmung der Verwaltung ist aus dieser Definition nicht zu entnehmen.

[2]) Jellinek, S. 214. Laband, Staatsr. Bd. I S. 679. Ebenso Cahen, S. 136. Jellinek, Recht d. mod. Staates S. 215 f.

sich frei betätigen können, und setzt ihnen Schranken, die sie nicht übersteigen dürfen. Durch diese Grenzziehung schafft er jedem Individuum sein bestimmtes, ihm zugehöriges Gebiet, das die anderen zu achten haben. Auf diese Weise werden nicht nur die Willenssphären der unterworfenen Persönlichkeiten bestimmt, auch die Regelung ihres Verhältnisses zum Staate, die Begrenzung seiner Macht ihnen gegenüber, ist Gegenstand der Rechtsordnung. Diese Tätigkeit der „sozialen Schrankenziehung", wie Jellinek es nennt, ist die Domäne des Rechtssatzes[1][2]).

Diese Wirkung des Rechtssatzes muß sich unmittelbar aus ihm selbst ergeben. Es muß seine Absicht darauf gerichtet

---

[1]) Natürlich kann die Schrankenziehung auch erfolgen gegenüber Organen des Staates. Wenn Preuß (S. 524) dies Laband gegenüber betont, und aus Labands Satz: „Es kommt darauf an, ob die Maßregel nur innerhalb des Verwaltungsapparates wirksam sein soll, oder ob sie ihre Wirkung außerhalb desselben erstreckt", ein Bestreiten dieser Tatsache entnimmt, so ist zu bemerken: Laband selbst sagt ausdrücklich (Staatsr. Bd. I S. 679): „Der Willenssphäre der zur Verwaltung berufenen Behörde sind rechtliche Schranken gesetzt gegenüber den Individuen, den Kommunen, **den anderen Organen des Staates selbst**". Es besteht also darüber gar keine Meinungsverschiedenheit. Labands Satz soll sich wohl nur auf solche Maßregeln beziehen, die sich an die Behörde als Teile eines und desselben Verwaltungsapparates, nicht aber als einander selbständig gegenüberstehende, mit eigenem Wirkungskreis durch Rechtssatz ausgestattete Personen wenden. Man kommt übrigens zu diesem Ergebnis, ganz gleichgültig, ob man die Theorie der Organperson von Preuß oder die von ihm bekämpfte Theorie der Gesamtperson annimmt: Im ersten Falle werden die Organe ohne weiteres als selbständige Personen anerkannt, deren Wirkungskreis abgegrenzt wird, im zweiten Falle hat man eine Selbstbindung des Staates anzunehmen, die eben darin liegt, daß er sich in ganz bestimmter Weise organisiert.

[2]) Ganz interessant ist, daß auch Hänel, dessen sonst durchaus abweichende Anschauung oben dargestellt ist, sich die Richtigkeit dieser Anschauung aufdrängt. Er schreibt gelegentlich folgenden Satz der mit seiner ganzen sonstigen Anschauung kaum zu vereinbaren ist (Gesetz S. 217): „Im normalen Sinne kann eine Gesellschaft tatsächlich nicht bestehen und kann nicht gedacht werden, ohne eine Auseinandersetzung der Beteiligten, die dem Einzelnen einen irgendwie gesicherten Wirkungskreis abgrenzt und die berechenbare Form des Zusammenwirkens gewährt: sie kann nicht bestehen ohne das Recht".

sein, Grenzen zu ziehen. Eine Norm, welche die Willenssphäre der Individuen berührt, aber nur mittelbar, da sie in erster Reihe einen anderen Zweck verfolgt, ist kein Rechtssatz. Der Rechtssatz ist zum Zwecke der sozialen Schrankenziehung errichtet, sie ist sein nächstes, ohne Vermittelung sofort aus ihm selbst sich verwirklichendes Ziel[1])[2]).

Aus diesem subjektiven Moment erklärt sich ein zweites Merkmal, das den Begriff der „sozialen Schrankenziehung“ verdeutlicht. Durch die Rechtssetzung versetzt der Staat eine Anzahl von Lebensinteressen in eine höhere Kategorie[3]): er erhebt sie zu Rechtsinteressen, d. h. der Staat bestimmt eine gewisse Anzahl von Lebensgütern, hinter welche er sich mit der ihm spezifisch zukommenden Herrschermacht stellt. Er nimmt gewisse Interessen in den Schutz auf, den nur er zu gewähren im Stande ist. Er kennzeichnet sie als solche, die teilnehmen sollen an seinem unumschränkten Herrscherwillen. Sie werden gewissermaßen für sacrosanct erklärt, ihre Verletzung ist zugleich Verletzung des herrschenden Staates. Gerade in der Fähigkeit, Rechtssätze zu schaffen, zeigt sich der Staat in seiner Eigenschaft als Herrscher, als allen anderen übergeordnetes Wesen, das verbindliche Befehle geben kann. „Alle bewußte Rechtssetzung ist Betätigung der Herrschermacht“[4]). Diese Aussonderung gewisser Interessen ist das, was L. v. Stein[5]) die Erhebung zum Prinzip gegenüber der reinen Zwecktätigkeit nennt.

Die dem Rechtssatz innewohnende Kraft läßt es erklärlich erscheinen, wie von Martitz und Hänel zu ihrer Auffassung kommen, das Entscheidende im Rechtssatz in seiner Wirkung zu sehen. Sie sehen nur die immer mit dem Rechtssatz ver-

[1]) Jellinek, S. 240; Anschütz, Studien S. 33; v. Sarwey, Verwaltungsr. S. 9.

[2]) Brie weist darauf hin, daß für die Beantwortung der Zweckfrage nicht nur die Absicht des Gesetzgebers, sondern vor allem auch der Wortlaut der Vorschrift in Betracht zu ziehen ist.

[3]) Gareis, S. 7.

[4]) Jellinek, S. 217.

[5]) L. v. Stein, Handb. S. 100.

bundene Betätigung des staatlichen Herrscherwillens. Es ist aber falsch, diese von dem zugrundeliegenden Gebiet zu sondern. Dieses Gebiet gerade ist das wesentliche. Der Herrscherwille ist nur das Mittel, welches den Inhalt des Rechtssatzes, die soziale Schrankenziehung, wirksam durchführt. Es ist vor allem falsch, diese Kraft des Rechtssatzes mit der formellen Gesetzeskraft zu identifizieren. Die formelle Gesetzeskraft ist nur die zufällige Erscheinung, die in verschiedenen Zeiten verschieden wirken kann, während die dem Rechtssatz notwendig innewohnende Kraft nichts anderes als das immer sich gleich bleibende Herrscherwesen des Staates ist. Die formelle Gesetzeskraft ist ein dem Rechtssatz häufig, aber nicht notwendig zukommendes und auch nicht für ihn allein vorhandenes Merkmal. Mit der formellen Gesetzeskraft, der Unverbrüchlichkeit, von der v. Martitz und Hänel sprechen, ist eine Wirkung nach außen verbunden, etwas, was gewissermaßen greifbare, ganz bestimmte tatsächliche Folgen hervorbringt. Die „Kraft“ des Rechtssatzes ist dagegen nichts anderes als ein Hinweis auf seine autoritative Quelle, ohne daß äußere Wirkungen eintreten, ein rein inneres Merkmal, daß sich mit der Tatsache seines Vorhandenseins begnügt. Wir werden dieses Kennzeichen daher vielleicht am besten die Autorität des Rechtssatzes nennen.

Ebensowenig hat diese Autorität des Rechtssatzes mit der Erzwingbarkeit zu tun. Zwar wird sich in der Regel der Herrscherwille des Staates darin äußern, daß er sich Durchsetzung durch Zwang verschafft. Aber er kann auch darauf verzichten, er kann sich damit begnügen, nichts weiter als einen Ausspruch als Herrscher zu tun, und betätigt sich darum nicht weniger als Herrscher. So sind auch die bloßen Sollvorschriften Rechtssätze.

Nicht anerkannt werden kann die von Preuß[1]) gegen Anschütz vorgebrachte Behauptung, es sei falsch, den Begriff der Rechtsnorm auf Normen einzuschränken, die einen Eingriff in Freiheit oder Eigentum enthielten. Der Begriff der Frei-

[1]) Preuß, S. 524.

heit ist so umfassend, daß er von jeder Rechtsnorm tatsächlich getroffen wird[1]). Wenn Preuß[2]) sagt: „Jedes Gesetz, das überhaupt einen verbindlichen Inhalt hat, normiert die Willenssphären von Personen", so liegt darin, daß er von verbindlichem Inhalt spricht, schon eine Bindung der an sich unumschränkten Freiheit. Jeder Rechtssatz muß deswegen, weil er verbindlich wirkt, weil er von anderen beobachtet sein will, eine Einschränkung der Freiheit mit sich bringen. Und wenn Preuß die Bestimmungen über das Präsidium des Deutschen Reiches, über die Stimmenverteilung im Bundesrate usw. als Beispiele anführt, so liegt zweifellos in allen diesen Vorschriften eine Freiheitsbeschränkung. Wenn man einer Person eine ganz bestimmte Art ihrer Organisation, ganz bestimmte Formen für ihr Dasein und ihre Betätigung vorschreibt, so enthält das gewiß eine Bindung in einer gewissen Richtung.

Es ist noch darauf hinzuweisen, daß es Normen geben kann, die nicht unmittelbar ein bestimmtes Verhalten von Personen verlangen und trotzdem zweifellos den Charakter von Rechtssätzen tragen. Das sind diejenigen, welche das notwendige Handwerkszeug der gewöhnlichen Rechtssätze bilden: Der Rechtssatz braucht in vielen Fällen, um richtig verstanden zu werden, Erklärungen, Definitionen, systematische Bemerkungen und dergleichen[3]). Dazu wird die Mehrzahl der Rechtssätze gehören, welche auf den ersten Blick nur allgemein bekannte Tatsachen zu erklären scheinen, ohne eine Anordnung zu enthalten. Sie geben Aufschluß darüber, wie der Inhalt des Satzes für das behandelte Rechtsgebiet aufgefaßt werden soll[4]). Sie erfüllen die notwendige Funktion, den Zusammenhang zwischen den einzelnen Sätzen herzustellen, das ganze zu einer geschlossenen, verständlichen Einheit zu gestalten.

[1]) Ebenso Seydel, Bayr. Staatsr. S. 165.

[2]) Preuß, S. 526.

[3]) Hänel, Gesetz S. 163. Brie S. 13.

[4]) Es kann diesen Sätzen also eine erhebliche Bedeutung zukommen. Sie sind unter Umständen sehr viel mehr als, wie Zorn sagt, ein juristisches Nichts (Zorn, Ann. 1889 S. 352).

§ 8.

2. Die Verwaltung.

Wir haben einen inhaltvollen Begriff des Rechtssatzes gewonnen. Es wäre möglich, die Verwaltung demgegenüber rein negativ abzugrenzen, als die staatliche Tätigkeit, welche sich nicht mit dem Erlaß von Rechtssätzen befaßt[1]). Die Anordnungen des Staates wären dann diesen Gebieten entsprechend einzuteilen. Es wird sich indessen zeigen, daß auch der Verwaltung ein ganz bestimmtes, positiv zu bezeichnendes Gebiet zukommt.

Es ist schon darauf hingewiesen worden, daß die Tätigkeit des Staates sich unmöglich auf Schaffung von Rechtsnormen beschränken kann. Viele von diesen verlangen zur praktischen Durchführung noch besondere Akte, welche wir in ihrer Gesamtheit als Vollziehung bezeichnen; auch diese Art staatlicher Tätigkeit ist bereits erwähnt.

Nun beschränkt sich aber die nicht Rechtssätze schaffende, Normen gebende Tätigkeit des Staates keineswegs auf die Vollziehung der Gesetze, wie die oben geschilderte Theorie will. Das Gebiet der Verwaltung ist weiter auszudehnen[2]). Der Staat hat gewaltige Aufgaben, die völlig unabhängig von einer Beziehung zu Rechtssätzen sind. Der Staat hat das, was man in der Regel die öffentlichen Interessen nennt, zu fördern. „Die großen Ziele des Staates, ja der Menschheit überhaupt (Veredelung des menschlichen Lebens und Wesens, Förderung der Humanität und Sittlichkeit, Nutzbarmachung der Erde und ihrer Gaben zur Hebung der Menschheit aller Orten, und wie die von religiösen, moralischen oder philosophischen Anschauungen diktierten Lebenszwecke eines jeden und aller

---

[1]) So O. Mayer, S. 9, 13.

[2]) Das Wort „Verwaltung“ ist im modernen Sinne gebraucht, als ein bestimmter Teil der Tätigkeit des Staates zu nehmen, nicht wie früher als Tätigkeit des Staates überhaupt (auch bezeichnet als Regierung) im Gegensatz zum Staat in seiner Ruhe, der Verfassung (wobei häufig eine Komplikation dadurch eintritt, daß zur Verfassung die Gesetzgebung, die doch auch ein Teil des tätigen Staates ist, gezogen wird).

gefaßt sein mögen) diese sind auch die Ziele der Verwaltung“ [1]). Auf dem Gebiete des allgemeinen Wohles, der Pflege der Volkswohlfahrt und des kulturellen Fortschritts findet der Staat ein furchtbares Betätigungsfeld. Hier hat er in freier, an Vorschriften nicht gebundener Tätigkeit seine Kräfte zu entfalten. Hier hat er überall helfend und fördernd einzugreifen. Er hat die Kräfte der Individuen zu unterstützen, da, wo sie versagen, muß der Staat mit seinen gewaltigen Mitteln einspringen. Als Grundlage dieser wie aller übrigen Wirksamkeit hat der Staat in der Verwaltung der Pflicht der Selbsterhaltung Genüge zu leisten. Er hat sich die Mittel zu verschaffen, die sein Leben sichern, die ihn zum Angriff und zur Verteidigung im Kampfe, zur ausreichenden Erfüllung seiner Bedürfnisse im Frieden befähigen. Einer unzähligen Summe von Einzel- und allgemeinen Anordnungen bedarf es zur Befriedigung der auf diesem Gebiete vorhandenen Bedürfnisse.

Diese Akte des Staates unterscheiden sich sachlich durchaus nicht von denen, welche die Vollziehung der Gesetze bezwecken. Eine prinzipielle inhaltliche Scheidung läßt sich hier nicht machen. Auf beiden Gebieten finden sich Handlungen und Anordnungen des aller verschiedensten Charakters, ohne daß die Möglichkeit einer besonderen Klassifizierung gegeben ist[2]). Daraus erklärt sich, daß die Vollziehung der Rechtsnormen mit in das Gebiet der Verwaltung fällt, von der sie ja ein sehr wichtiger Teil ist. Man kann dann mit Jellineck[3]) die Akte der Verwaltung, welche das allgemeine Beste erstreben, zur Unterscheidung mit der Bezeichnung Regierung zusammenfassen. Der Unterschied beider Gruppen ist lediglich ein subjektiver: In der Regierung wird die Verwaltung aus eigenem Entschlusse unabhängig von fremden Einflüssen wirksam, bei der Vollziehung

---

[1]) Gareis, S. 180; ebenso Jellinek, S. 218; Anschütz, Studien, S. 53; Ulbrich, S. 247; Schulze, Dtsch. Staatsr. S. 552; Löning, S. 3; Gaupp, S. 164; Ulbrich, Der Rechtsbegriff der Verwaltung S. 1 ff.; Stahl, S. 194.; Schmitthenner, S. 483; Seydel, Staatslehre S. 78; Planck, S. 339. Ähnlich aber unklar: v. Sarwey, S. 5.

[2]) Jellinek, S. 220.

[3]) Ebenso Stahl, S. 194; Brie S. 10.

ordnet sie sich der Rechtsnorm unter, auf deren Geheiß allein sie als ausführende Dienerin in Erscheinung tritt.

Das untergeordnete, rein ausführende Element der Vollziehung findet sich nicht nur auf dem Gebiete der Verwaltung[1]). Auch die anderen Arten staatlicher Tätigkeit haben Gleiches aufzuweisen, auch die Rechtssetzung, die gewöhnlich nur Vollziehung fordernd auftritt, bringt Normen hervor, die dieses Verhältnis der Unterordnung zeigen: es gibt sowohl Gesetze wie Rechtsverordnungen, die nur zum Zwecke der Durchführung anderer Normen erlassen sind. Die Teilung der Verwaltung nach der subjektiven Seite, die zur Unterscheidung von Regierung und Vollziehung führt, läßt sich also auf das gesamte Staatsleben ausdehnen. Man kann so, wie Jellinek es getan hat, alle Staatstätigkeit in freie und gebundene gliedern. Die Vollziehung empfängt ihren eigentümlichen Charakter dadurch, daß es sich hier um Verwaltungsakte handelt, die zur Durchführung von Rechtssätzen vorgenommen werden; während bei den „vollziehenden" Rechtssätzen freie und gebundene Tätigkeit immer gleichartig bleibt, besteht die Vollziehung im eigentlichen, engeren Sinne aus Tätigkeiten, die dem Gebiet der Verwaltung angehören, die also von den zu vollziehenden Akten wesensverschieden sind. Die Vollziehung gehört daher, da es sich um Verwaltungsakte handelt, in das Gebiet der Verwaltung, muß aber wegen ihres eigentümlichen Verhältnisses zur Rechtssetzung gegenüber der sonstigen Verwaltungstätigkeit eine besondere Betonung empfangen. Dies geschieht in der Teilung der Verwaltung in Regierung und Vollziehung.

Die Akte der Verwaltung weisen eine bedeutsame Übereinstimmung mit der Wirksamkeit der Einzelperson auf. Auch die Kräfte des Individuums dienen der Selbsterhaltung und der Förderung der allgemeinen Zwecke. Das führt auf ein charakteristisches Merkmal der Verwaltung. Der Staat wird hier gewissermaßen weniger als Staat, denn als Einzelperson tätig. Die Handlungen der Verwaltung sind solche, wie sie jedes Individuum vorzunehmen pflegt. „Die Staatsverwaltung

[1]) Jellinek. Recht d. mod. Staates S. 605; Hänel, Staatsr. S. 122.

ist gleichsam die große, gemeinsame Haushaltung aller“[1]). Die Aufgaben, die der Staat in der Verwaltung erfüllt, sind völlig gleichartig denen, welche Einzelpersonen oder private Verbände als Lebensarbeit sich vornehmen können. Auf allen diesen Gebieten hat der Staat erst in zweiter Linie einzugreifen, erst dann, wenn Menschheits-, Volks- oder überhaupt Kulturfragen ohne ihn ungelöst bleiben würden. Der Staat unterscheidet sich prinzipiell hier also nicht vom Individuum, macht nicht sein Wesen als Staat geltend. Insofern könnte man vielleicht sagen, daß der Begriff der Verwaltung nur negativ zu fassen sei, deshalb, weil sie die staatliche Tätigkeit enthalte, welche nicht die dem Staate eigentümlichen, seinem Wesen entsprechenden Tätigkeiten der Rechtssetzung und Rechtssprechung aufweisen. Es entspricht also dem Betätigungsfelde wiederum eine besondere Art der Wirkung des Staatswillens, die auf ein subjektives Moment, die Absicht, welche der Staat mit seiner Willensäußerung verfolgt, zurückzuführen ist: Der Wille des Staates unterscheidet sich hier in nichts von dem des Einzelnen. Er legt sich keine besondere Autorität bei. Die Wirkung erklärt sich wieder aus dem zugrundeliegenden Gebiet. Der Staat braucht keine besondere Macht, um hier seinem Zweck gerecht zu werden.

Natürlich kann sich der Staat auch hier seiner übergroßen Kräfte bedienen. Gerade dadurch wird er befähigt, seiner Aufgabe gerecht zu werden und da einzuspringen, wo das Einzelwesen versagt, aber hier handelt es sich sozusagen nur um eine Anleihe, die der Staat bei sich macht. Notwendig ist es nicht, daß der Staat seine Eigenart irgendwie zeigt. Wenn er es tut, tut er es nur als stärkeres, quantitativ mehr vermögendes, nicht als ganz besonders geartetes Wesen, wie in der Rechtssetzung.

Die Analogie mit dem Individuum zeigt sich auch im Verhältnis zur Rechtsordnung. Sie führt uns auf ein weiteres Charakteristikum der Verwaltung. Die Rechtssätze haben für den verwaltenden Staat nur die Bedeutung, daß sie das Ge-

[1]) Seydel, Staatslehre S. 78.

biet seiner freien Betätigung abstecken. Im übrigen entscheidet hier allein der Zweckmäßigkeitsgedanke. Für die Verwaltung gilt das ökonomische Prinzip der Erzielung des größtmöglichen Erfolges mit möglichst geringen Kraftaufwand. Der Staat hat hier nur darauf zu sehen, wie er den an ihn herantretenden Fragen am besten gerecht wird. Die Rechtsordnung ist dabei für ihn nur insoweit maßgebend, als er nicht ungeschmälert alle seine Kräfte nach Belieben verwenden darf, sondern sich innerhalb der ihm gezogenen Schranken halten und die rechtlich anerkannten fremden Interessenssphären achten muß. Soweit dies geschieht, ist die Rechtsordnung ohne weitere einflußreiche Bedeutung. Die Verwaltung kann nach freiem Belieben tätig werden.

Das trennt die Verwaltung von der Rechtsprechung: für diese ist der Rechtssatz nicht Schranke, sondern einziges Ziel. Er allein bestimmt die Rechtssprechung in ihrem ganzen Wesen. Die Rechtsnorm ist erst das Motiv, das den Willen der Rechtsprechung auslöst, sie hat überhaupt nur den Zweck, der Verwirklichung der Rechtssätze zu dienen. Die grundlegende Verschiedenheit zwischen Rechtssprechung und Verwaltung besteht darin, daß für die erste die (nach Maßgabe der positiven Rechtsvorschriften festzustellende) Gerechtigkeit allein maßgebend ist und Rücksichten auf Nützlichkeit oder Schädlichkeit nicht genommen werden dürfen, wenn nur das Ziel, die Wirklichkeit mit den Forderungen des Rechts in Einklang zu bringen, erfüllt wird. Bei der letzteren dagegen wird die Entscheidung in der Richtung getroffen, die den größten Vorteil bringt[1]).

---

[1]) Seligmann (S. 69) bestreitet, daß der Zweckgedanke die Verwaltung genügend von der Rechtssprechung unterscheide und beweist dies durch Beispiele. Diese enthalten indessen alle, soweit danach reine Verwaltungsangelegenheiten nach ganz bestimmten Rechtsregeln zur Ausführung zu bringen sind, Rechtsvorschriften oder stellen sich einfach als Vollziehung dar, und soweit bei Rechtssprechung Zweckmäßigkeit entscheiden soll, entscheidet tatsächlich nicht diese, sondern die Gerechtigkeit. So z. B. zweifellos bei dem angegebenen Beispiele der richterlichen Strafzumessung. Auch innerhalb der dem Richter hier gelassenen Freiheit ist die Gerechtigkeit allein bestimmend.

Dieses wichtige trennende Merkmal hat v. Stengel[1]) übersehen, welcher die Rechtssprechung mit in die Verwaltung hineinbezieht, weil auch sie der Verwirklichung der öffentlichen Interessen diene.

§ 9.

3. Gegengründe.

Wir haben die Gebiete des Rechtssatzes und der Verwaltungsvorschrift nach der Verschiedenheit der Tätigkeitskreise des Staates und der daraus sich erklärenden Verschiedenheit der inneren Kraft des Staatswillens bestimmt. Prüfen wir nunmehr die Einwendungen, welche hiergegen vorgebracht werden. Diese sind der allerverschiedensten Art.

Zunächst wird behauptet, viele Sätze, die gerade von denen als Verwaltungsakte angesehen würden, welche eine Teilung im zuletzt entwickelten Sinne verträten, seien in Wahrheit Rechtssätze: sie schüfen Kompetenzen für die Organe, die mit ihrer Ausführung betraut seien, schlössen also eine Erweiterung ihres Gebietes freier Willenstätigkeit in sich. So stände es z. B. mit den Gesetzen, durch welche Anleihen aufgenommen, eine Dotation für verdiente Personen beschlossen, Fremde in den Staatsverband aufgenommen, Fideikommisse errichtet würden und dgl. Durch alle derartigen Gesetze würden die Organe, welche die beschlossene Handlung unmittelbar ausführten, zu ihrer Ausführung ermächtigt, der gesetzgebende Körper selbst nehme diese Handlung unmittelbar nicht vor[2]).

Dieser Einwand macht von vornherein einen gekünstelten Eindruck. Ein Gesetz, das einen Akt der oben bezeichneten Akt vorschreibt und zur notwendigen Folge hat, kann schwerlich als Ermächtigung zur Vornahme bezeichnet werden. Der Inhalt des Gesetzes ist tatsächlich nichts weiter als der in diesem bezeichnete Akt selbst. Welchen Wert soll denn auch die Entscheidung eines zur Vornahme erst berechtigten Organes haben, wenn dieses mit Notwendigkeit auch verpflichtet ist?

---

[1]) v. Stengel, Begriff, Umfang und System des Verwaltungsr. S. 223.
[2]) v. Martitz, S. 233. Hänel, Gesetz S. 257.

Die Behörden, die in diesen Fällen tätig werden, fungieren als untergeordnete, zur Ausführung notwendige Organe, z. B. bei der Dotation als eine Art Zahlstelle[1]).

Es wird eben von Hänel und v. Matitz übersehen, daß der Staat nicht nur als Gesetzgeber, sondern auch als gewöhnliche juristische Person tätig werden kann. Hier handelt es sich um keinerlei besondere Kompetenzen, sondern nur um Ausflüsse der ihm wie jeder anderen Person zukommenden Geschäftsfähigkeit. Diese ist immer dieselbe und die in Rede stehenden Gesetze enthalten einzelne Rechtsgeschäfte, in denen sie wirksam wird. Man kann daher auch nicht daraus einen Einwand ableiten, daß Kompetenzen vorher nicht da waren oder jedenfalls nicht ohne Zweifel festgelegt waren[2]). Alles dies kommt nicht in Frage, da der Staat hier nicht Recht setzt, sondern Geschäfte vornimmt in derselben Art wie jede andere Person. Es ist ja schon oben betont worden, daß gerade auf dem Gebiete der Verwaltung diese rechtliche Gleichheit mit dem Einzelwesen hervortritt[3]).

---

[1]) Jellinek, S. 240: „Wenn ein Gesetz die Aufnahme einer Staatsanleihe anordnet, Verkauf von Staatsgütern genehmigt, die Errichtung einer Universität befiehlt, den Bewohnern eines überschwemmten Landstriches eine Unterstützung aus Staatsmitteln zuwendet, eine Eisenbahn konzessioniert, einem siegreichen Feldherrn eine Dotation gewährt, einen Fremden in den Staatsverband aufnimmt, die Gestattung zur Errichtung eines Fideikommisses erteilt, so ist schon der nächste Zweck solches Gesetzes keineswegs auf eine Änderung der bestehenden Rechtsordnung gerichtet, sondern auf ein Ziel, welches mit dem objektiven Recht gar nichts zu tun hat, mit Wirkungen ökonomischer und ethischer Natur, die auf dem Boden des geltenden Rechts sich vollziehen, den Rechtsgeschäften des Privatrechts analog. Man kann auch nicht etwa behaupten, daß durch solche Gesetze neues objektives Recht für die mit dem Vollzug derselben beauftragten Regierungsorgane geschaffen wird. In den Befehlen dieser Gesetze macht der Staat nur Gebrauch von der ihm bereits zu Gebote stehenden Gehorsamspflicht seiner Organe, er setzt ihrer verwaltenden Tätigkeit einen Inhalt, nicht aber den Untertanen oder seiner eigenen Persönlichkeit gegenüber eine Schranke. Er erläßt durch diese Gesetze an sie nicht einen Rechts-, sondern einen Verwaltungsbefehl."

[2]) So Hänel, Gesetz S. 257.

[3]) Wie das auch Hänel selbst ausspricht, wenn er sagt (Gesetz S. 71): „Die Natur des Staates als Rechtssubjekt, als Persönlichkeit wie man

Auch bei den Handlungen, die den privaten Rechtsgeschäften nicht inhaltlich so analog sind, liegt die Sache nicht anders. Hänel sagt[1]): „Gesetze . . ., welche die Aufnahme eines Fremden in den Staatsverbend bewirken, die Gestattung zur Errichtung von Fideikommissen erteilen . . ., setzen den Mangel eines Rechtssatzes voraus, welche die Kraft hat, die unter den Schlagwörtern der Staatsangehörigkeit, des Fideikommisses zusammengefaßten, im Voraus allerdings bereits durch das objektive Recht definierten Rechtsfolgen mit dem konkreten Tatbestand zu verknüpfen". In den hier angegebenen Vorgängen liegt nichts, was irgendwie einen Rechtssatz erforderte. Vorher bestimmte Rechtsfolgen mit einem bestimmten Tatbestand verknüpfen, das tut die Verwaltung in unzähligen Fällen, das tun auch Private. Hier wird nichts Neues geschaffen, sondern alles bewegt sich auf der Grundlage des bereits vorhandenen Rechts. Eine Naturalisation kann an sich ein Beamter sehr gut mit genau derselben Wirkung wie die gesetzgebende Körperschaft vornehmen, er schafft dadurch keinerlein neues Recht, eben weil er nur die vorhandenen Bestimmungen auf einen bestimmten Fall anwendet. Nur politische Rücksichten auf die Machtverteilung, auf die Wichtigkeit der vorzunehmenden Akte und die ihretwegen getroffene Erschwerung ihrer Vornahme führen zur Übertragung an die Organe, die gewöhnlich Rechtssätze schaffen. Es ist also ganz richtig, wenn Jellinek sagt[2]), daß die Wirkungen auch dieser Handlungen sich auf dem Boden des geltenden Rechts vollziehen, den Rechtsgeschäften des Privatrechts analog.

Ein zweiter Einwand ist folgender: Nicht nur die Rechtssätze, sondern auch die Verwaltungsmaßregeln übten eine tief einschneidende Wirkung auf die Willensfreiheit der Untertanen aus. Auch durch die letztere würden ihre Interessenssphären begrenzt, ihre absolute Freiheit beeinträchtigt, man könne es also nicht als eine Eigentümlichkeit des Rechtssatzes bezeichnen,

---

zu sagen pflegt, tritt besonders hervor, wenn man die verwaltende Staatstätigkeit ins Auge faßt".

[1]) Hänel, Gesetz S. 255.

[2]) Jellinek, S. 240.

daß dieser Schranken für die freie Betätigung der Individuen ziehe[1]).

In dieser Entgegnung werden unmittelbare und mittelbare Wirkungen der staatlichen Willensäußerungen nicht scharf genug auseinandergehalten. Es ist oben betont worden, daß zur Kennzeichnung der einzelnen Willensakte ein subjektives Moment gehört. Nur dann können wir einen Satz als Rechtssatz bezeichnen, wenn sein Zweck in erster Linie darauf gerichtet ist, die Wirkung der sozialen Schrankenziehung hervorzurufen. Eine Handlung dagegen, die aus ganz anderen Gründen vorgenommen worden ist und nur mittelbar durch ihre Umsetzung in die Wirklichkeit auch ein gewisses Verhalten der Untertanen hervorruft oder überhaupt eine bestimmte Wirkung auf sie ausübt, kann deshalb noch nicht als Rechtssatz bezeichnet werden. Ihr Charakter bestimmt sich nach dem Gebiet, das sie regeln will. „Wenn die obere Postbehörde an die unterstellten Postämter die Weisung erläßt, die Schalter für den Verkehr mit dem Publikum zu bestimmten Stunden zu schließen, wird wohl ein Interesse des Publikums erheblich berührt, aber die betreffende Anordnung ist nur erlassen zu dem administrativen Zweck der Regelung der Dienststunden, nach Befinden auch um Überlastung der Beamten zu vermeiden. Die für den Einzelnen eintretende Beschränkung, daß er nicht zu beliebiger Zeit, sondern nur innerhalb der bekanntgemachten Dienststunden Briefmarken kaufen kann, ist nicht eine Auferlegung subjektiver Pflichten, bzw. Einschränkung von Befugnissen, durch einen Rechtssatz, sondern nur die rechtssatzähnliche Reflexwirkung dieser zu Verwaltungszwecken erlassenen Normen[2])."

Nicht anders steht es sogar mit den Anordnungen der Verwaltung, welche sich unmittelbar an die Untertanen wenden[3]). Auch diese müssen keine Rechtssätze enthalten[4]). Die Ver-

---

[1]) Hänel, Gesetz S. 216. Arndt, das Verordnungsr. d. Dtsch. Reiches S. 37.

[2]) Anschütz, Studien S. 34.

[3]) Hänel, Staatsr. S. 287. Brie, S. 46.

[4]) So v. Sarwey, S. 30.

bindlichkeit für den Untertanen liegt in den die Kompetenz begründenden schon vorhandenen Rechtssätzen. Die Anordnung selbst vermittelt sie nur. Neue Rechtsnormen werden nicht geschaffen. Daher wirkt auch eine solche Anordnung nur, soweit sie sich innerhalb der durch Rechtssatz festgestellten Kompetenz der erlassenden Behörde bewegt [1] [2]).

Cahen, der sonst durchaus auf dem Boden der zuletzt entwickelten Theorie steht, wendet sich gegen die Hineinziehung des Zweckmoments, da dieses keine genügende Bestimmung für die einzelnen Befehle des Staates gebe. „Vouloir des fins différentes ce n'est pas accomplir des actions diverses [3])."

Nun ist doch aber gerade in diesen Fällen Zweck und wirkliche Tat untrennbar miteinander verbunden. Die Handlung des Staates empfängt ihren Charakter gerade erst durch den Zweck, den der Staat mit ihr verfolgt; wenn er beabsichtigt, Recht zu setzen, so schafft er eine Rechtsnorm, wenn er lediglich als juristische Person tätig werden will, gibt er Verwaltungsverordnungen.

Freilich darf man den „Zweck" nicht so auffassen, wie das Cahen offenbar tut. Er sagt: „Peut-on dire, que la création du droit soit distincte de la conservation de l'être social et du développement de l'individu? Le droit n'est pas une entité abstraite. Quel peut être son contenu si non tout ce qui précisement servira à la fois le bien individuel et le bien collectif [4])." Diese Sätze sind völlig unangreifbar. Nur suchen sie einen Gegensatz zu konstruieren, der in Wirklichkeit nicht vorhanden ist, indem als Zweck des Rechtssatzes die Sorge für das Individuum, als Zweck der Verwaltung die Sorge für

---

[1]) Auch v. Sarwey weist auf diesen Unterschied hin: „Sie (die Verordnung) unterscheidet sich von dem Gesetz dadurch, daß sie nicht die Willensäußerung des Gesetzgebers, des höchsten Willens im Staate ist, daß sie also nicht vermöge der Willensäußerung an sich, wie das Gesetz, sondern nur soweit sie gesetzmäßig ist, rechtliche Wirkungen im Staate . . . hat". Dann ist es aber falsch von rechtlichen Verpflichtungen zu sprechen, welche durch die Verwaltung hervorgerufen würden.

[2]) Hubrich, RG. S. 77.

[3]) Cahen, S. 72.

[4]) Cahen, S. 73.

das Gemeinwohl bezeichnet wird. Es wird aber von keiner Seite bestritten, daß auch das Recht nicht nur für den Einzelnen, sondern für die Gesamtheit da ist. Die soziale Schrankenziehung, die den Einzelnen zum Gegenstande hat, ist das Mittel dazu, eine möglichst harmonische Gestaltung und möglichst große Förderung des Ganzen hervorzurufen. Das Zweckmoment liegt also nicht in dem Ziele selbst, das der Staat mit seiner Tätigkeit verfolgt: Das ist für Verwaltung und Rechtssetzung dasselbe; sondern nur in der Wirkung der Mittel, die er anwendet. Und deren Verschiedenheit läßt sich nur aus der Absicht erklären.

Gegen den gefundenen Inhalt des Rechtssatzes wendet Hänel[1]) ein, daß das Recht neben der Schrankenziehung noch andere wichtige Aufgaben habe. „Über diese Aufgaben hinaus, die die Bewährung seiner Existenzbedingungen zum Gegenstande hat, liegt eine andere fundamentale Aufgabe des Rechts, die seinen Endzweck und seinen Kulturwert ausmacht. Das ist die Aufgabe, das Zusammenwirken der menschlichen Gesellschaft zu ordnen; jene festen Regeln oder Formen zu schaffen, welche die aufeinander wirksamen Willenskräfte nicht — negativ — abgrenzen, beschränken, sondern welche sie — positiv — verbinden, verstärken, zusammensetzen in den manigfachsten Kombinationen, um durch planmäßige und berechenbare Vereinigung der Kräfte das zu erreichen, was den nur gegeneinander abgegrenzten Willen unerreichbar ist.“

Dieser Einwand beruht auf einer einseitigen und zu engen Auffassung des Wortes „Abgrenzen“. Was Hänel in diesen Sätzen der Rechtsordnung als Aufgabe zuschreibt — und was selbstverständlich auch ihre Aufgabe ist — kann immer nur dadurch erreicht werden, daß die Rechtsordnung gewissen, hier juristischen, Personen ein bestimmtes Betätigungsfeld zuweist. Wenn solche Organe, wie sie Hänel vorschweben, geschaffen werden, so liegt notwendigerweise schon in ihrer Schaffung eine Abgrenzung von anderen Willenssphären. Auch die Zusammenführung der Kräfte kann immer nur durch Schrankenziehung vollbracht werden.

[1]) Hänel, Gesetz S. 208.

Duguit[1]) erhebt deshalb Widerspruch gegen die Bestimmung des Rechtssatzes durch den Inhalt der Schrankenziehung, weil diese Auffassung notwendig zur längst abgetanen Lehre des Natur- und Individualrechts zurückführe, die nichts außer dem Individuum in der Rechtsordnung anerkenne.

Diese Behauptungen sind unrichtig. Wenn man davon spricht, daß die Willenssphäre des Staates von der des Individuums abgegrenzt werde, wenn man sagt, daß der Staat selbst sich Schranken setze, so muß man wohl die Existenz des Staates als ebenso tatsächlich vorhanden anerkennen, wie die der Individuen[2]).

Weiter wendet Duguit[3]) ein, die Bestimmung des Rechtssatzes könne nicht passen, wenn man auf den Anfang aller Rechtssetzung zurückgehe. Die Willensäußerung des Staates wäre ein Rechtssatz, wenn sie eine Veränderung der juristisch bestimmten Willenssphären der Individuen mit sich brächte. Eine solche Veränderung könne hier aber nicht stattfinden, da ja die juristisch bestimmten Gebiete selbst noch garnicht vorhanden seien.

Zunächst wäre es theoretisch denkbar, daß der Rechtssatz nicht immer eine Veränderung, sondern überhaupt die Neuschaffung juristischer Willenssphären enthielte. Aber abgesehen davon erklärt sich der vorgebrachte Einwand aus einer unmöglichen Auffassung der Entstehung des Staates und des Anfanges der Rechtssetzung. Es ist undenkbar, sich erst einmal einen Staat vorzustellen und dann, wenn dieser bereits existiert, als später auftretende Erscheinung die Rechtssetzung hinzuzufügen. Vielmehr bestehen Rechtssätze sowie der Staat besteht. Bei allen Arten der menschlichen Gesellung, die staatlichen Charakter aufweisen, ist notwendig sofort auch die Rechtssetzung — ob in entwickelter oder verkümmerter Form ist gleichgültig — vorhanden[4]).

---

[1]) Duguit zit. bei Cahen.
[2]) Ebenso Cahen, S. 140.
[3]) Duguit zit. bei Cahen, S. 142.
[4]) Ebenso Cahen, S. 143.

Schließlich bringt Duguit[1]) noch eine ebenfalls unberechtigte Einwendung vor. Die angenommene Erklärung des Rechtssatzes schließe als Folge in sich, daß jedem Rechtssatz subjektive Rechte und Pflichten der Einzelperson entsprechen müßten, in Wirklichkeit sei dies aber nicht der Fall.

Es genügt hiergegen Cahens Widerlegung anzuführen: „Les sphères juridiques respectives des individus et de l'Etat ne nous apparaissent point comme des domaines nécessairement limitrophes; l'agrandissement de l'une n'entraine pas inévitablement la diminution de l'autre. Nous ne nous trouvons pas en présence de surfaces mathématiquement mesurables, géométriquement dépendantes. Bannissons cette algèbre juridique qui fausse les idées et trouble les principes. Nous concevons fort bien des règles qui restreignent l'activité normale des citoyens, sans emporter aliénation des droits subjectifs de chacun. Il en est qui les concernent et ne fondent cependant aucun privilège à leur profit[2])."

Wenn Duguit dem entgegenhält, daß es unverständlich wäre, warum einzelne Rechtssätze subjektive Berechtigungen und Verpflichtungen mit sich brächten und andere nicht, so ist darauf zu erwidern, daß die aus den einzelnen Sätzen hergeleiteten Folgen genau so verschieden sein können, wie im Privatrecht; genau wie dort aus dem Rechtsverhältnis bald die Durchsetzung eines bestimmten Anspruchs auf jeden Fall, bald nur ein Schadensersatzanspruch, bald überhaupt keine rechtlich erzwingbare Folge sich ergeben kann, so ist auch im öffentlichen Recht die Wirkung der Norm mannigfaltig. Es kann gewissermaßen Naturalobligationen des öffentlichen Rechts geben, die durchaus gültige Rechtssätze darstellen und trotzdem keine erzwingbaren Ansprüche, überhaupt keine von einem Subjekt geltend zu machende Folge gewähren.

Endlich findet sich noch Widerspruch gegen den Begriff der Verwaltung. Soweit dieser sich darauf stützt, daß die Verwaltung lediglich in Ausführung von Gesetzen bestände, ist er

---

[1]) Duguit bei Cahen, S. 148.

[2]) Cahen, S. 149.

bereits behandelt worden. Es sei nur noch betont, das Hänels Satz: „Das Recht ist doch zu seinem, wenn auch einseitigen Teile ein nicht minder zutreffender Bestimmungsgrund alles Handelns mit gesellschaftlicher Wirksamkeit“ [1]), auf den er diese Anschauungen gründet, als richtig nicht anerkannt werden kann. Soweit der Staat verwaltet, gelten, wie schon erwähnt, für ihn allein die Rücksichten der Zweckmäßigkeit. Das Recht ist nur insoweit von Einfluß als diese Zweckmäßigkeitsrücksichten in gewisse Grenzen gewiesen werden. Das kann man aber nicht bestimmenden Einfluß nennen. Die Verwaltung (abgesehen von der Vollziehung) wird nie allein von Einflüssen der Rechtsordnung bestimmt werden. Diesen kommt immer nur untergeordnete, höchstens modifizierende Bedeutung zu.

Den Widerspruch gegen den Verwaltungsbegriff stützt Hänel zum anderen Teile auf die Scheidung in Regierung und Vollziehung [2]). Er zieht daraus den Schluß, daß Jellinek im letzten Grunde doch schließlich auf eine Teilung nach den Arten der Tätigkeiten, nicht nach den Gebieten hinauskomme, daß also seine Bestimmungen des Rechtssatzes und der Verwaltungsvorschrift falsch seien. Nun wäre einmal die Teilung der Verwaltung in Regierung und Vollziehung noch nicht für das Verhältnis des übergeordneten Begriffes der Verwaltung zu den ihr gleichgeordneten Begriffen maßgebend: Es wäre sehr wohl möglich, die Oberbegriffe nach gewissen Gesichtspunkten zu teilen und innerhalb der einzelnen Gruppen eine Teilung nach durchaus verschiedenen Merkmalen vorzunehmen. Dann aber liegt auch eine solche Scheidung nach Tätigkeitsweisen gar nicht vor. Es ist vielmehr ausdrücklich gesagt worden, daß Vollziehung und Regierung sich nur durch das subjektive Moment unterscheiden, das in der Art und Weise der Vornahme der einzelnen Handlungen selbst Unterschiede sich nicht finden lassen. Diese subjektiven Verschiedenartigkeiten sind belanglos. Denn sie finden sich genau so gut auch bei der Rechtssetzung wieder. Auch dort haben wir Bestimmungen, die im Verhältnis

[1]) Hänel, Gesetz S. 209.

[2]) Hänel, Gesetz S. 255.

zu andern als ausführende erscheinen. Daraus ergibt sich eine Abstufung der Rechtssätze in ihrem regulativen Verhältnis zueinander. Die subjektive Bestimmung ist also ohne Bedeutung[1]). Die Verteilung der vollziehenden Akte auf Rechtssetzung und Verwaltung rechtfertigt sich dadurch, daß die Ausführung das eine Mal durch Schaffung von Rechtssätzen, also Vornahme ganz besonderer Akte, das andere Mal durch irgendwelche andere Tätigkeit vorgenommen wird[2]).

Aus keiner der vorgebrachten Entgegenhaltungen ergibt sich ein wirksamer Einwand gegen die Teilung der staatlichen Willensakte nach ihrem Gegenstande.

---

[1]) Hänel, Staatsr. S. 122.

[2]) Siehe S. 45.

II. Kapitel.

Materielle und formelle Bedeutung.

§ 10.

Es ist ein naheliegender Gedanke, die innerlich verschiedenen Arten der Staatstätigkeit auch äußerlich zu trennen und ihre Ausführung verschiedenen Organen zu übertragen[1]). Dieses Vorgehen bringt alle Vorteile der Arbeitsteilung mit sich. Es gewährleistet für jedes Gebiet die größten Leistungen. Es hat ferner den Vorteil, daß die eine Tätigkeit nicht unter den Einfluß der anderen kommt, so daß diese durch Betrachtung vom Gesichtspunkt der anderen zurückgesetzt werden könnte, was unvermeidlich wäre, wenn die verschiedenartigen Tätigkeiten in derselben Hand vereinigt wären.

So hat sich der moderne Staat als Organe für die Rechtssetzung die gesetzgebenden Körperschaften, als Organe für die Verwaltung Verwaltungsbehörden geschaffen. Den verschiedenen Organen entsprechen verschiedene Arten der staatlichen Willensäußerungen: die des Gesetzgebers ist das Gesetz, die der Verwaltung die Verwaltungsvorschrift, insbesondere als allgemeine Anordnung die Verwaltungsverordnung[2]).

---

[1]) Jellinek, S. 222. Jellinek, Recht d. mod. Staates S. 593. v. Stengel, Organisation S. 8. Brie, S. 10.

[2]) Es erscheint auffällig, daß zur Charakterisierung der Verordnung die Allgemeinheit herangezogen wird, während dieses Merkmal als Kennzeichnung des Rechtssatzes abgelehnt worden ist. Indessen liegt beim Rechtssatz das Entscheidende einzig und allein in der Stempelung zum Rechtssatz, in der Aufnahme in diese stärkste Gattung staatlicher Willensakte. Dieses Moment allein gibt den Ausschlag, ob ein Rechtssatz vor-

Es ist nun aber falsch, diese formelle Auffassung, die den Gesetzes- und Verordnungsbegriff lediglich nach dem erlassenden Subjekt bestimmt, streng durchzuführen. Es war der Fehler der Lehre von der Teilung der Gewalten, daß sie den einheitlichen Staatswillen in drei von einander getrennte Willenssubjekte auflöste und dabei übersah, daß diese verschiedenen Subjekte Ausdrucksformen des einen unteilbaren Staatswillens waren und daß sie nur wegen der Verschiedenartigkeit der Gegenstände, welche dieser Staatswille enthielt, ausgebildet wurden[1]). Man vergaß, daß die einzelnen „Gewalten" nicht um ihrer selbst, sondern um der zugrundeliegenden Gebiete willen da waren. Genau denselben Fehler begeht — und dies ist ihr Grundirrtum — die Auffassung, die die staatlichen Willensakte rein formell auffaßt und jede Scheidung nach dem Inhalt ablehnt. Sie achtet nicht darauf, daß die Verschiedenheit der Organe des Staates sich aus der Verschiedenheit der Arbeitsgebiete erklärt. Sie nimmt die verschiedenen Organe als gegebene Personen hin, ohne zu bedenken, daß jedes vom Staate geschaffene Organ auf seine Grundlage, sein Arbeitsfeld, zurückgeführt werden muß, weil sonst die Frage, worin sein Wesen bestehe, unbeantwortet bleiben müßte.

Ein Zurückgehen auf die Materien ist also unerläßlich[2]).

---

handen ist oder nicht. Bei der Verwaltung fehlt es an einem derartigen Charakteristikum, da ja der Wille der Verwaltung dem der Individuen gleichartig ist. Eine Teilung vom Gesichtspunkt der Allgemeinheit aus, läßt sich daher hier, da sie keinem richtiger charakterisierenden Merkmal zu weichen hat, rechtfertigen.

[1]) Laband, Staatsr. Bd. I S. 678. v. Stengel, Organisation S. 8.

[2]) Ebenso Laband, Staatsr. 4. Aufl. Bd. II S. 78. Anschütz, Begriff S. 62, 65. Jellinek, S. 367. Pröbst, S. 288. Laband, Budgetrecht S. 3. Bornhak, Allgem. Staatslehre S. 170. v. Rönne, S. 348. Schulze, preuss. Staats. S. 207. Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. I S. 124. Endemann, S. 30. Dyroff, S. 318. Windscheid-Kipp, S. 60. Dernburg, Bd. I S. 30. Schulze, dtsch. Staatsr. Bd. I S. 519. Gaupp, S. 158. v. Seydel, bayr. Staatsr. S. 165. Jellinek, Recht d. mod. Staates S. 594. Rehm, S. 296. O. Mayer, S. 71. Laband, Zur Lehre v. Budgetr. S. 181. Stobbe, Bd. I S. 122. Ulbrich, S. 240. Hubrich, Judikatur S. 770. Brie, S. 44. S. 11. G. Meyer, Begriff S. 1 ff. Gareis, S. 182. v. Seydel, Komm. S. 139. Cahen, S. 190. Seidler, S. 198. v. Mohl, S. 417. Stahl, S. 195. Seligmann, S.

Und daraus erklärt es sich, daß wir den Ausdrücken Gesetz und Verordnung auch einen materiellen Sinn beilegen müssen. Das Gesetz im materiellen Sinne ist der Ausdruck der Rechtssetzung, die Verordnung im materiellen Sinne die Willensäußerung, welche dem Gebiete der Verwaltung angehört.

Diese materiellen Begriffe aufzustellen ist deshalb notwendig, weil die formellen Bezeichnungen nicht für alle Fälle ausreichen. Es ist unmöglich, die Scheidung der Willensäußerungen praktisch so rein durchzuführen, daß wirklich jeder der Verwaltung angehörende Akt nur von der Verwaltungsbehörde, jeder der Rechtssetzung angehörige nur von der Legislative vorgenommen wird. Dem widerspricht die Vielgestaltigkeit der wirklichen Lebensverhältnisse, die jede auf Vollkommenheit Anspruch machende Schablonisierung illusorisch macht. Dem widerspricht ferner der Umstand, daß alle staatlichen Organe neben ihrer juristischen eine eminente politische Bedeutung haben. Diese verlangt, daß besonders wichtige Geschäfte der Verwaltung dem gesetzgebenden Körper überwiesen und andererseits weniger wichtige, schneller zu erledigende und für kleinere Kreise berechnete Aufgaben der Rechtssetzung dem Verwaltungsorgane übertragen werden. Alles das führt zu der Erkenntnis, daß der formelle Weg der Cesetzgebung nicht nur dem Rechtssatze und der formelle Weg der Verordnung nicht nur Verwaltungssachen vorbehalten bleiben darf. Diese Veränderungen der prinzipiellen Zuständigkeit finden nur ausnahmsweise aus Rücksichten der angegebenen Art statt. Sie nötigen aber dazu, um den wahren Charakter der staatlichen Willensäußerungen zu erkennen, neben ihre formelle Auffassung die materielle zu stellen.

Auf die Verordnung angewendet heißt das: Die Verordnung im formellen Sinne ist jede allgemeine Anordnung der Verwaltungsbehörden. Die Verordnung im materiellen Sinne ist

---

29, 103. Rosin, S. 32. RGE. i. Z., Bd. 48 S. 85, Bd. 40 S. 70, Bd. 13 S. 260, Bd. 16 S. 211, Bd. 22 S. 254. Seufferts Arch. Bd. 39 S. 232, Bd. 38 S. 241. RGE. i. Str. Bd. I S. 125. Entsch. d. Ob. Trib. in Striethorst's Arch. Bd. 29 S. 150. Entsch. d. Ob. Verw. Ger. Bd. I S. 181. Bd. 43 S. 301, Bd. 6 S. 367, Bd. 11 S. 182.

jeder allgemeine staatliche Willensakt, der sich auf dem Gebiete der Verwaltung bewegt[1]).

Wir kommen damit zur Scheidung von Rechts- und Verwaltungsverordnungen. Die ersteren, die einen Rechtssatz enthalten, sind Verordnungen lediglich in formellem Sinne, die letzteren, eine Verwaltungsnorm enthaltend, sind sowohl im formellen, wie im materiellen Sinne Verordnungen.

Die Scheidung zwischen Rechtsverordnungen und Verwaldungsverordnungen ist also berechtigt. Sie findet ihre Erklärung darin, daß die Anordnungen der Verwaltungsbehörden ihrer Natur nach entweder Rechtssätze oder Verwaltungsvorschriften sein können, die durchaus verschiedenen Inhalt haben. Rechtsverordnungen und Verwaltungsverordnungen existieren selbständig nebeneinander.

---

[1]) O. Mayer (S. 124), der sachlich übereinstimmt, wendet sich gegen die Terminologie. Er bezeichnet als Verordnungen lediglich Rechtsverordnungen und kommt daher natürlich zur Ablehnung einer materiellen und formellen Trennung der Verordnungen, da bei diesen immer ein gewisser materieller Gehalt vorhanden sein müsse. Die Gegenüberstellung von Rechtsverordnungen und Verwaltungsverordnungen sei ausserdem deswegen schlecht, weil sie den Ausdruck Verwaltungsverordnungen für die sich auf die Verwaltung beziehende, Rechtssätze enthaltende Verordnung (Gegensatz: Verwaltungsgesetz) wegnehme. Diese rein terminologischen Fragen sind durch den Sprachgebrauch erledigt, der sich durchgesetzt hat und der deswegen sehr viel für sich hat, weil er sofort den Charakter der Verordnung (diese anders als von Mayer als jede allgemeine Anordnung der Verwaltung aufgefasst) kennzeichnet.

III. Kapitel.

Rechtsverordnungen und Verwaltungsverordnungen im einzelnen.

§ 11.

Die Rechtsverordnungen.

Wenn wir nunmehr zur näheren Darstellung der Rechtsverordnungen und Verwaltungsverordnungen übergehen, so ist auf eine Selbstverständlichkeit hinzuweisen. Das Hauptmerkmal beider ist in dem gegeben, was zur Rechtfertigung ihrer Unterscheidung dargelegt werden mußte. Rechts- und Verwaltungsverordnungen haben ihren Gegenstand in dem, was als Inhalt der Rechtssetzung und Verwaltung festgestellt worden ist. Es kann sich jetzt nur noch darum handeln, Einzelheiten und Folgerungen auszuführen.

Es darf dabei nicht übersehen werden, daß jede Verordnung bedingungslos dem Gesetz unterworfen ist. Folgerungen, die sich aus dem Charakter der Verordnungen an und für sich ergeben, können also jeder Zeit durch Gesetz aufgehoben oder abgeändert werden. Der tatsächlich geltende Rechtszustand kann sich durch diese Eingriffe der Gesetzgebung für Rechtsverordnungen und Verwaltungsverordnungen überaus mannigfaltig gestalten, ohne daß daraus für ihren Charakter und für ihre Unterscheidung etwas zu entnehmen wäre.

Die Rechtsverordnung enthält einen Rechtssatz[1]). Sie ist

[1]) Rosin, S. 32, 34; Schulze, Dtsch. Staatsr. Bd. I 530; Laband Bd. II S. 187; Pratzák, S. 462. Meyer, Bd. I S. 8; Meyer-Anschütz, S. 573; O. Mayer, S. 122; Anschütz bei Holzendorff, S. 602; Jellinek,

ein materielles Gesetz. Inhalt und Wirkungen des materiellen Gesetzes kommen ihr zu[1]). Sie hat also auch die Verpflichtungsfähigkeit der Rechtsnorm. Sie ist von all denen, an die sie sich richtet, unbedingt zu beachten. Sie kann dem Untertanen bestimmte Leistungen, bestimmte Arten des Verhaltens zur Pflicht machen. Auch für die erlassene Behörde ist sie nicht gleichgültig. Da Recht durch sie geschaffen wird, hat sich auch das erlassende Organ eine Schranke auferlegt, die es nicht überschreiten darf. Die Entscheidungen und Anordnungen der Behörde müssen auf den Inhalt der Rechtsverordnung Rücksicht nehmen und ihm gemäß erfolgen. Nichtbeachtung seitens der Behörde wäre genau so gut Rechtsverletzung wie Übertretung durch einen Untertanen[2]).

Die Rechtsverordnung kann also nicht von der Behörde nach Belieben angewendet oder nicht angewendet werden, sondern bindet auch diese. Soll eine Aufhebung erfolgen, so bedarf es dazu wiederum, wie bei jeder einen Rechtssatz enthaltenden Vorschrift, einer Rechtsnorm (Gesetz, Gewohnheitsrecht, Rechtsverordnung). Wenn der Regierung ein Verordnungsrecht zusteht, so bedeutet das nicht, daß sie auf dem ihr übertragenen Gebiet nach Belieben schalten kann. Wenn sie eine einmal ergangene Bestimmung aufheben will, so muß sie ausdrücklich eine diese Aufhebung

---

S. 385; Laband: Zur Lehre von Budgetrecht, S. 186; Ulbrich, S. 248; Gaupp, S. 162; Seydel, Bayr. Staatsr. S. 169; Stengel, Organisation S. 28—30; Gareis, S. 182. Hänel, Gesetz S. 107; Hänel, Staatsrecht S. 275; Zolger, S. 52; Hensel, S. 27.

[1]) Eine Verordnung, die nur innerhalb der Behörden wirksam wird, kann also sehr wohl eine Rechtsverordnung sein, wenn ihr Inhalt die Voraussetzungen des Rechtssatzes erfüllt. So vor allem, wenn durch Verordnung einer Behörde gewisse Befugnisse eingeräumt und Pflichten auferlegt werden, in der Art, daß ihr Willenskreis von anderen Willenskreisen abgegrenzt wird.

[2]) Eine Ausnahme macht Zolger (S. 303) für den Fall, daß die Verordnung nur innerhalb des Verwaltungsapparates wirke, denn die Beobachtung der Verordnungen könnten nur die Parteien verlangen, die subjektive Rechte aus der Verordnung herleiteten. Das ist abzulehnen, denn es widerspricht durchaus dem Wesen des Rechtssatzes, dessen Wirkungen eintreten, gleichgültig ob er subjektive Rechte und Pflichten im Gefolge hat oder nicht.

enthaltende Rechtsverordnung erlassen und nur dieses Aufhebungsrecht macht ihre Stellung gegenüber der von ihr geschaffenen Rechtsverordnung erheblich freier als die der Untertanen.

Das Aufhebungsrecht wird der erlassenden Behörde überall da zuzugestehen sein, wo nicht aus dem Wortlaut oder dem Sinne des zur Erlassung der Rechtsverordnung ermächtigenden Gesetzes etwas anderes zu entnehmen ist[1]). Das ergibt sich nicht nur aus der allgemeinen Rechtsregel: nihil tam naturale est quam eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est, sondern vor allem aus der Natur der Rechtsverordnung: Sie ist bestimmt, Ausnahmefällen, besonders schnell und besonders einfach zu erledigenden, gerecht zu werden. Deshalb erfolgt die Übertragung des Rechts zur Schaffung von Rechtssätzen für diese Fälle an die schneller und weniger kompliziert arbeitenden Verwaltungsorgane. Es wäre widersinnig, für solche Fälle zwar ein Recht zur Schaffung von Rechtsnormen, nicht aber auch ein Recht zu ihrer Aufhebung zuzugeben. Die Situationen, für welche die Rechtsverordnung bestimmt ist, erheischen genau so gut die Möglichkeit einer schnellen Aufhebung oder Abänderung der bestehenden Vorschriften. Es ist daher falsch, wenn Arndt[2]) behauptet: die Theorie, welche eine besondere Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen verlange, müsse auch eine besondere Ermächtigung zur Aufhebung fordern. Diese ist schon in dem Wesen der Rechtsverordnung eingeschlossen.

Mit dem Aufhebungsrecht ist noch nicht ein allgemeines Dispensationsrecht gegeben. Ein solches wird der Behörde nur dann a priori zuzuerkennen sein, wenn es beim Erlaß der Rechtsverordnung ausdrücklich vorbehalten ist[3]). Darin, wie die berechtigte Behörde die Rechtsverordnung erlassen will, ist ihre Freiheit unbeschränkt, sodaß sie sich auch das Recht vorbehalten kann, Ausnahmen zu treffen. Soweit eine Übertragung des Verordnungsrechts zulässig ist, kann die Ermächtigung zur

---

[1]) Arndt, Verwaltungsrecht d. Dtsch. Reiches S. 238; Rosin, S. 34; Jellineck, S. 395; Zolger, S. 365.

[2]) Arndt, Verordnungsr. d. Dtsch. Reiches S. 238.

[3]) Jellinek, S. 395; Zolger, S. 305; Arndt, Verordnungsr. d. Dtsch. R. S. 228.

Dispenserteilung von der Behörde auch an Dritte übertragen werden, da hierin nur eine teilweise Abtretung der Tätigkeit liegt, welche die Behörde ganz abzutreten befugt ist. Ein Dispensationsrecht a posteriori, das nachträglich die Wirkungen der Verordnung für bestimmte Fälle aufheben würde, hat die Behörde dagegen nicht. Denn Dispensation bedeutet Aufhebung der Verordnung lediglich für einzelne Fälle, zum Wesen der Verordnung aber gehört die Allgemeinheit des ergangenen Befehls. Wenn also auch der Behörde ein Aufhebungsrecht im Wege der Rechtsverordnung zusteht, so kann sie durch Rechtsverordnung dennoch nicht dispensieren. Denn die Dispenserteilung würde keine Verordnung sein, sie würde also nicht in das der Behörde vorbehaltene Gebiet gehören.

Es ist im Vorhergehenden bereits das Verordnungsrecht[1]) erwähnt worden. Die so heftig geführte Diskussion über diese für den konstitutionellen Staat überaus wichtige Frage erledigt sich mit der Anerkennung der Unterscheidung von Rechts- und Verwaltungsverordnungen, und diese Unterscheidung ist die Grundlage für ihre zweifelsfreie Beantwortung: Wer die Möglichkeit von Rechtsverordnungen in dem hier entwickelten Sinne anerkennt, muß zugleich auch eine ausdrückliche Ermächtigung zu ihrer Erlassung fordern. Die Rechtsverordnung ist ein Hilfsmittel für Ausnahmefälle. Wann diese vorhanden sind, wann die Wahrnehmung von Funktionen, für welche die gesetzgebenden Organe geschaffen sind, und die eigentlich zu ihrer Zuständigkeit gehören, durch Verwaltungsbehörden zu erfolgen hat, das können selbstverständlich nicht die letzteren selbst bestimmen, denn hierdurch würde ja der ganze Sinn der Schaffung verschiedenartiger Organe verwischt und der Willkür Tor und Tür geöffnet werden[2]). Der Erlaß von Rechtsverordnungen muß

[1]) Laband, 4. Aufl. Bd. II S. 97. Rosin, S. 32. Schulze, Dtsch. Staatsr. Bd. I S. 531. Meyer-Anschütz, S. 561. O. Mayer, S. 122. Anschütz, Begriff S. 169. Ulbrich, S. 249; Jellinek, S. 372. Löning, S. 226. Seydel, Bayr. Staatsr. S. 169. Hänel, organisatorische Entw. S. 64. Gierke, Dtsch. Privatr. Bd. I S. 130. Zolger, S. 86. Gareis, S. 182. Entsch. d. O. V. G. v. 16. XII. 1897. Annalen 1904 S. 918.

[2]) Dies widerlegt die Ansicht von Cahen, (S. 260), der ein allgemeines Verordnungsrecht praeter legem für die Behörden in Anspruch

vielmehr immer auf besondere Übertragung durch Gesetz zurückgeführt werden können.

Aus diesem Gesichtspunkt beantwortet sich die Frage des Verordnungsrechts. Die vorhandenen Streitpunkte haben danach nur insoweit eine Bedeutung, als sie die praktische Geltung eines Verordnungsrechtes berühren, d. h. insofern sie sich mit der Auslegung der Gesetze befassen, welche eine Ermächtigung gewähren oder nicht gewähren sollen. Diese praktischen Einzelfragen sind aber für die prinzipielle Lösung und daher auch für die Charakterisierung der Rechtsverordnung nicht von Belang.

Für eine Gruppe von Rechtsverordnungen gibt eine öfters wiederkehrende Verfassungsbestimmung, welche die Regierung zum Erlaß der zur Ausführung der Gesetze notwendigen Verordnungen ermächtigt, eine allgemeine Delegation[1]). Die praktische Anwendung und Durchführung der Gesetze zu ermöglichen ist, wie schon betont wurde, ein wichtiger Zweig der Verwaltungstätigkeit der Regierung. Wenn daher die angegebene Verfassungsbestimmung die Regierung nur zum Erlaß von Verwaltungsverordnungen ermächtigen sollte, so wäre sie überflüssig, da sie der Regierung nur zusprechen würde, was ihr schon kraft ihres natürlichen Berufes zusteht. Dieser Satz berechtigt aber die Regierung auch zum Erlaß von Rechtsverordnungen, soweit sie Ausführungsverordnungen sind.

Es wird nun allerdings bestritten, daß Ausführungsverordnungen Rechtsverordnungen sein könnten[2]); ihre Aufgabe wäre nur, schon vorhandenes Recht zur Ausführung zu bringen, sie könnten daher niemals selbst Rechtssätze enthalten. Es kann jedoch keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn auch die Ausführungsverordnungen in ihrer Mehrzahl Verwaltungsverordnungen sein werden, doch auch Verordnungen, welche durch Spezialisierung

---

nimmt und dies auf dieselben Gründe, welche die Rechtsverordnung überhaupt rechtfertigen, stützt.

[1]) Anschütz bei Holtzendorff S. 606; G. Meyer, Staatsr. 5. Aufl. S. 517; Rosin, S. 35; Schulze, Preuß. Staatsr. II S. 28; O. Mayer, S. 123; Schwartz, S. 131; Laband, 4. Aufl. II S. 81.

[2]) Jellinek, S. 379; v. Mohl, Politik, II S. 404; Löning, S. 229; v. Gerber, S. 151; Bornhak, Preuß. Staatsr. I S. 450.

und genauere, ins Einzelne gehende Darlegung des Gesetzes den Untertanen unmittelbar rechtssatzmäßig binden, zur Durchführung des Gesetzes erforderlich, daß also auch Rechtsverordnungen Ausführungsverordnungen sein können[1]).

Sie geben ein deutliches Beispiel dafür, daß sich die gebundene, der Vollziehung entsprechende Tätigkeit auf allen Gebieten des staatlichen Lebens findet[2]). Es gibt neben Rechtsverordnungen, die ein durchaus selbständiges Dasein führen und um ihrer selbst willen erlassen sind, andere, deren Beruf lediglich in der Durchführung einer anderen Norm besteht.

Die Bildung der Rechtsverordnungen erfolgt durch dieselben Vorgänge, die auch bei der in einem Gesetz enthaltenen Rechtsnorm wirksam werden, im wesentlichen also durch Feststellung des Inhalts, Sanktion und Verkündung. Nur werden die einzelnen Akte hier nicht mit derselben Klarheit hervortreten. Da alle Akte von derselben Stelle vorgenommen werden, fehlt es an einer so deutlichen Betonung der einzelnen Bestandteile, wie wir sie beim Gesetz finden. Besonderer Wert ist auf die Verkündigung zu legen, die in gehöriger und ausreichender Form zu erfolgen hat. Ob diese Form dieselbe wie die für die Erlassung von Gesetzen vorgeschriebene sein muß, läßt sich

---

[1]) Hänel (Gesetz S. 283) behauptet, daß Rechtsverordnungen nicht schon durch ihren ausführenden Charakter zu Ausführungsverordnungen würden, da der von ihnen erzeugte Rechtssatz selbständig, ohne Rücksicht auf die innere Motivierung gelte; eine Ausführungsverordnung läge nur dann vor, wenn das auszuführende Gesetz selbst die Verordnung in ein „bestimmtes, rechtlich relevantes Abhängigkeitsverhältnis versetze". Dies geschehe durch eine — ausdrücklich oder stillschweigend, immer aber im auszuführenden Gesetz selbst erteilte — Ermächtigung. Dabei wird übersehen, daß auch Rechtsverordnungen, deren Delegation im auszuführenden Gesetz selbst gegeben wird, als Rechtssätze rechtlich selbständig gelten; die Ermächtigung hat genau dieselbe Bedeutung wie die allgemeine Ermächtigung der Verfassung: sie ist Bedingung, nicht aber Ursache ihres Bestehens. Die selbständige Geltung der Rechtsverordnung wird in beiden Fällen nicht berührt. Es kommt also nicht auf den von Hänel gemachten Unterschied, sondern lediglich auf den ausführenden Charakter an, der den auf Grund der Verfassungsbestimmung erlassenen Ausführungs- Rechtsverordnungen nicht abzusprechen ist.

[2]) Siehe S. 45.

nur nach den vorhandenen Rechtsvorschriften, nicht aus dem Wesen der Rechtsverordnungen entscheiden.

Was die Aufhebung der Rechtsverordnungen anbelangt, so ist die Wichtigkeit des Grundsatzes, daß Rechtsverordnungen nur durch Vorschriften aufgehoben werden können, die eine Rechtsnorm enthalten, bereits betont worden. Zu erwähnen ist, daß die Aufhebungsmöglichkeit durch Verordnung wegfällt, wenn die Übertragung des Verordnungsrechts an die Behörde rückgängig gemacht wird [1]). Mit dem Erlöschen des Verordnungsrechts schwindet jede Möglichkeit für die Behörde, sich auf dem vormals ihr übertragenen Gebiet, das nun wieder ganz der Gesetzgebung angehört, zu betätigen. Daher erfordert auch die Aufhebung der Verordnung ein Gesetz.

Verordnungen, die zur Ergänzung des Gesetzes dienen, das auch die Befugnis zu ihrem Erlaß verlieh, und deren Inhalt so von Gesetz abhängig ist, daß ihr Bestehen nur mit seinem Gelten einen Sinn haben kann, erlöschen selbstverständlicher Weise mit dem Hauptgesetz. Ebenso selbstverständlich ist es, daß Rechtsverordnungen auch nach dem Erlöschen des delegierenden Gesetzes in Kraft bleiben, wenn sie selbständigen Charakter tragen. Es ist mit dem Gesetz nur das Recht zu Änderung und Aufhebung, nicht aber die Verordnung selbst, die eine selbständige Norm darstellt, erloschen.

Daß Verordnungen ausdrücklich oder stillschweigend durch Gesetze aufgehoben oder daß für die Aufhebung der Weg des Gesetzes oder sonstige andere Formen durch Gesetz vorgeschrieben werden können, sind nur Anwendungsfälle der allgemeinen Regel, daß die Verordnung bedingungslos dem Gesetz unterworfen ist [2]).

Besonders wichtige Arten der Rechtsverordnungen, die selbständigen Charakter tragen, sind die Notverordnungen, welche unter Umständen sogar Gesetze aufheben oder abändern können, und die Polizeiverordnungen. Polizeiverordnungen [3]) werden

---

[1]) Zolger, S. 366.

[2]) Arndt, Verordnungsrecht d. Deutschen Reiches S. 240; Zolger, S. 364.

[3]) Rosin, S. 36; Anschütz bei Holtzendorff, S. 606.

von den Polizeibehörden erlassen und stellen in polizeilichem Interesse Rechtsregeln auf, deren Übertretung mit Strafe bedroht wird. Die Notverordnung ist ein ganz eigentümlich gestaltetes, durchaus von aller Regelmäßigkeit abweichendes Gebilde und erfordert daher eine etwas ausführlichere Besprechung[1]).

§ 12.

Insbesondere die Notverordnungen.

Die Notverordnung ist, wie ihr Name sagt, ein Behelf für Notfälle. Das Leben des Staates kann Verhältnisse hervorbringen, die eine sofortige Regelung durch die Gesetzgebung dringend erfordern. Jede Verzögerung würde die unheilvollsten Folgen für das Staatswohl haben. Der gesetzgebende Körper aber ist gerade nicht imstande, diesen dringenden Aufgaben gerecht zu werden. Regelmäßig wird dies der Fall sein, wenn das Parlament nicht versammelt ist. Aber auch andere Fälle sind denkbar. Schon der Umstand, daß die gesetzgebende Versammlung notwendigerweise verwickelt und schwerfällig arbeitet, bedingt die Möglichkeit von Fällen, die eine schnellere Erledigung verlangen. Für solche Fälle ist die Notverordnung da. Sie soll hier das fehlende, aber notwendige Gesetz vertreten. Es handelt sich bei der Notverordnung also um eine Verordnung, die für eine gewisse Zeit die Wirkung des Gesetzes hat. Sie vertritt das Gesetz im doppelten Sinne: sie hat dieselbe Verbindlichkeit wie ein Gesetz, und sie ist auf allen Gebieten zulässig, welche durch Gesetz zu regeln sind[2]).

Der Erlaß der Notverordnung steht dem Träger der Regierungsgewalt, in monarchischen Staaten also dem Monarchen

[1]) Eine eingehende Darstellung würde eine besondere Abhandlung erfordern. Es sollen hier nur die theoretisch grundlegenden, den Charakter der Notverordnung bezeichnenden Züge skizziert werden. Für die zahlreichen Einzelfragen, die bei der Lehre von der Notverordnung erörtert werden, muß auf die große Litteratur verwiesen werden.

[2]) Die theoretischen Ergebnisse werden gerade auf dem Gebiete der Notverordnung im positiven Verfassungsrecht durch zahlreiche Ausnahmen und Ergänzungen eingeschränkt. Besonders häufig wird verlangt, daß Verfassungsbestimmungen unangetastet bleiben, und zur Voraussetzung gemacht, daß die Kammern nicht versammelt sind.

zu: mit der Regierungsgewalt ist die Verordnungsgewalt verbunden, und der Erlaß der Notverordnung ist nur eine Anwendung der Verordnungsgewalt[1]). Eine Übertragung des Notverordnungsrechts an untergeordnete Behörden ist unzulässig: aus dem Wesen der Notverordnung, die an Stelle des Gesetzes treten soll, ergibt sich, daß nur das höchste Staatsorgan über sie befinden darf.

Die Notverordnung bedarf in monarchischen Staaten ministerieller Gegenzeichnung[2]). Es muß, wie bei allen Akten des Monarchen, festgestellt werden, wer die staatsrechtliche Verantwortlichkeit zu tragen hat, und dies erfolgt in der üblichen Form der Gegenzeichnung durch die Minister. Ob die Gegenzeichnung eines Ministers genügt oder die des Gesamtministeriums erforderlich ist, wird sich nur nach positivem Verfassungsrecht, nicht nach allgemeinen Grundsätzen entscheiden lassen. Man wird allerdings sagen müssen, daß die Gegenzeichnung des Gesamtministeriums den Anforderungen nach starken Schutzmaßregeln gegen Übergriffe des Notverordnungsrechts, die wegen seiner großen Tragweite erhoben werden müssen, eher gerecht wird. (In der Regel ist auch die Gegenzeichnung des Gesamtministeriums vorgeschrieben).

Es ist im ganzen Wesen der Notverordnung als einer Aushülfsmaßregel für kurze Zeit begründet, daß die Abweichung von dem regelmäßigen Gange der staatlichen Willensbildung so bald als möglich wieder ausgeglichen wird. Das geschieht in der Genehmigung der Notverordnung durch das Parlament, dem die Notverordnung sein Mitbestimmungsrecht vorübergehend genommen hat. Da das Parlament so bald als

---

[1]) Damit soll natürlich nicht gesagt sein, daß die Regierung ohne besondere Ermächtigung zum Erlaß von Notverordnungen befugt ist. Die Notverordnung ist ja eine Rechtsverordnung, es ist also eine Delegation des Verordnungsrechts notwendig (die in der ausdrücklichen Anordnung der Notverordnung besteht). Das Notverordnungsrecht fließt nicht aus der selbständigen (wie das Recht zum Erlaß von Verwaltungsverordnungen), sondern aus der übertragenen Verordnungsgewalt der Regierung.

[2]) Schulze, Deutsches Staatsrecht Bd. I S. 533; Jellinek, S. 370; Hansel, S. 19.

möglich wieder voll in seine Rechte eingesetzt werden muß, ist ihm die Notverordnung so schnell, wie dies irgend geschehen kann, zur Genehmigung vorzulegen.

Diese Entscheidung kann im zweifachen Sinne ausfallen: entweder die Notverordnung findet die Zustimmung des Parlaments, dann bleibt sie als vollgültige Maßregel in Kraft; oder die Genehmigung wird ihr versagt, dann wird die Notverordnung hinfällig [1]).

Will man sich über das innere Wesen der Notverordnung klar werden, so ist vor allem erforderlich, einen Punkt mit größter Entschiedenheit zu betonen: die Notverordnung gehört ins System des konstitutionellen Staates [2]). Sie ist diesem Typus des Staates angepaßt und stellt nicht einen plötzlichen Sprung in eine andere Stilart dar. Es ist also davon auszugehen, daß zwei Faktoren, Regierung und Volksvertretung, in gleicher Weise notwendig für Willensbildung des Staates sind, und daß die Mitwirkung des einen Faktors zeitweilig durch die von dem andern zu erlassende Notverordnung ersetzt werden soll. Nur dies darf in der Notverordnung gesehen werden.

Unrecht hat, wer die Notverordnung auf ein allgemeines Notrecht der Staatsgewalt stützen will, das ganz unumschränkt der Regierung im Falle einer Gefahr alle Macht, auch die Möglichkeit zum Erlasse von Anordnungen, die an Stelle der Gesetze treten sollen, verleihen, und alle von ihr in dieser Lage vorgenommenen Handlungen, welcher Art sie auch sein mögen, mit Rücksicht auf dieses Notrecht als rechtmäßig anerkennen will [3]). Die Aufstellung eines solchen Notrechts entspringt nur dem fruchtlosen Bemühen, alle Vorgänge der Geschichte juristisch

---

[1]) Es ist hier ein Unterschied zu machen zwischen der eigentlichen Nichtgenehmigung, bei der nach Ansicht des Parlaments die Sachlage den Erlaß der Notverordnung nicht rechtfertigte, und der Ungültigkeitserklärung, bei der nicht einmal die formellen Voraussetzungen beobachtet sind, wo es also gar nicht zur Prüfung der materiellen Lage kommt, da schon die formelle Prüfung die Gesetzwidrigkeit, also Ungültigkeit der Notverordnung ergeben hat.

[2]) Diesen wichtigen Ausgangspunkt der Überlegung betont auch Tezner, Juristische Blätter 1897, S. 362.

[3]) Bischof, S. 67; v. Held, S. 85, 88.

erfassen zu wollen. Hier tritt natürlicherweise an gewissen kritischen Punkten die Macht an die Stelle des Rechts, dieses verdrängend, und dabei gleichzeitig die Grundlage zu neuer Rechtsbildung bietend. Das Notrecht soll dazu dienen, diese juristisch nicht oder nur negativ — als Rechtsbruch — zu wertenden Vorgänge in rechtlich einwandfreier Weise zu erklären.

Die Anerkennung eines solchen Notrechts würde geradezu den Staat seiner Natur als Rechtsstaat, die doch der konstitutionelle Staat immer hat, entkleiden. Denn nur der Staat ist Rechtsstaat, in dem die Rechtsnormen auch für das mächtigste Wesen, den Staat selbst, als verbindlich anerkannt werden. Wird der Regierung die Möglichkeit gegeben, das Recht nach ihrem Ermessen zu ändern und zu übertreten, so bedeutet das nichts Anderes, als einen Rückfall zum Absolutismus. Nur hier steht die Regierung über dem Gesetz.

Mit dem Notrecht würde im letzten und entscheidenden Sinne alle Gewalt des Staates allein in die Hände der Regierung gelegt. Ihr Urteil allein würde schon eine Ausschaltung des Parlaments rechtfertigen. So würde das Notrecht dazu führen, daß im Grunde nur der eine der beiden, an der Bildung des Staatswillens beteiligten Faktoren maßgebend wäre, denn er hätte über die Mitwirkung des andern zu bestimmen.

Die Einschränkung auf den Notfall ist unwesentlich. Bei der Verschwommenheit des Begriffes „Notstand", über dessen Vorliegen die Regierung zu entscheiden hat, sind in Wirklichkeit allein die Erwägungen der Regierung maßgebend. Und vor allem ist diese Einschränkung deshalb gänzlich bedeutungslos, weil es undenkbar und widersinnig ist, den konstitutionellen Staat für bestimmte Zeiten durch den absoluten ersetzen zu wollen. Das allgemeine Notrecht ist also nichts anderes als eine Umschreibung des Wortes „Absolutismus"[1]).

---

[1]) Das Notrecht lehnen ab Spiegel, S. 33; Anschütz, Verwaltungs-Archiv Bd. 5 S. 22; Jellinek, Recht d. mod. Staates, S. 350; siehe auch Jellinek, G. u. V. S. 376; die Ableitung der Notverordnung aus dem Notrecht lehnt Bluntschli, Staatswörterbuch Bd. 2 S. 743, ab.

Im konstitutionellen Staat aber handelt die Regierung, die Normen, welche als Recht anerkannt sind, verletzt, ohne sich auf andere, zur Verletzung ermächtigende Rechtssätze stützen zu können, nicht rechtlich, sondern gewalttätig. Hier erhält die Anerkennung eines allgemeinen Notrechts einen inneren Widersinn, der unlösbar bleibt. Es ist ein unmögliches Beginnen, ein Institut, das nur mit dem absoluten Staate in Verbindung gebracht, und nur aus ihm erklärt werden kann, mit dem Konstitutionalismus verquicken zu wollen. Im absoluten Staat gibt es nichts Konstitutionelles, im konstitutionellen Staat nichts Absolutes. So ist auch im konstitutionellen Staatsrecht für ein allgemeines Notrecht der Regierung kein Raum. Und daher kann auch die Notverordnung nicht auf ein allgemeines Notrecht gestützt werden. Sie muß vielmehr immer einen besonderen Rechtssatz als Grundlage haben. Ohne diese besondere Anordnung gibt es auch kein Notverordnungsrecht[1]).

Es ist demnach unrichtig, die theoretische Erklärung der Notverordnung allein damit zu geben, daß man auf die Bestimmung der Verfassung hinweist, welche die Notverordnung vorsieht[2]). Diese besondere Bestimmung ist eine selbstverständliche Voraussetzung: ohne sie gäbe es kein Notverordnungsrecht. Die Begründung der Notverordnung muß tiefer liegen. Denn die Frage, welche zur Erklärung des Notverordnungsrechts führt, lautet gerade erst: „Wie ist es denkbar, daß die Notverordnung in die Verfassung aufgenommen wurde?“ Nicht die Verfassungsbestimmung, sondern erst der innere Grund der Verfassungsbestimmung kann als Erklärung dienen.

Der Konstitutionalismus, der eine ausdrückliche Anordnung der Notverordnung verlangt, ist noch im anderen Sinne zu betonen: die Notverordnung enthält keine Sicherung gegen Mißstände, die eine Mitwirkung der Volksvertretung an der staatlichen Willensbildung im Gefolge haben könnte[3]), sondern

---

[1]) So auch Brie, S. 34—35.

[2]) So Spiegel, S. 128; Glatzer, S. 69; Bornhak, Preuß. Staatsr. I S. 527.

[3]) So Bischof, S. 85 f.; im Sinne des Textes Tezner, Juristische Blätter 1897 S. 362; Hansel, S. 8.

nur eine Vorsorge für das Fehlen dieser Mitwirkung. Die Beschlüsse des Parlaments sollen nicht verbessert, sondern, wie schon betont, ersetzt werden. Die Notverordnung ist nicht dem Gesetz überlegen, sondern ihm gleichartig. Diese Auffassung verlangt das konstitutionelle Staatsrecht. Sieht man in der Notverordnung ein Mittel dazu, die Anschauungen der Volksvertretung gegenüber denen der Regierung zeitweise unwirksam zu machen, so wird damit die Regierung dem Parlament bei der staatlichen Willensbildung überlegen: man macht von ihrer Entscheidung die Mitwirkung des Parlaments abhängig. Das ist aber mit der konstitutionellen Auffassung unvereinbar. Diese, nach der beide Faktoren gleichwertig und gleich notwendig sind, sieht in der Notverordnung nichts als ein Surrogat für die Tätigkeit des Parlaments.

Nimmt man den konstitutionellen Charakter der Notverordnung zum Ausgangspunkt, so ergibt sich die erklärende Theorie von selbst: es ist die sogenannte Vermutungs- oder Voraussetzungstheorie[1]). Die Notverordnung kann nur darum erlassen werden, weil die Regierung voraussetzt, daß das Parlament seine Zustimmung geben werde. Die Vermutung, daß sich die Volksvertretung mit den Maßregeln der Regierung einverstanden erklären werde, gibt dieser das Recht dazu, zeitweilig da allein vorzugehen, wo eigentlich ein Zusammenwirken mit dem Parlament erforderlich wäre. Diese Präsumtion ist die einzig mögliche Erklärung für das sonst unverständlich und widerspruchsvoll anmutende Institut der Notverordnung. Lehnt man die Theorie ab, behauptet man also, daß die Notverordnung ohne jede Rücksicht auf das künftige Urteil der Volksvertretung erlassen werde, so weicht man von dem Grunddogma ab, das bei der gesamten Rechtsbildung Regierung und Parlament als gleich notwendige Faktoren nebeneinander stellt. Eine Erklärung für die Bevorzugung der Regierung kann nur darin gefunden werden, daß sie die Meinung des zeitweilig ausgeschalteten Teils für sich zu haben glaubt[2]).

[1]) v. Rönne, 4. Aufl. S. 375 ff.; Meyer-Anschütz, Staatsrecht S. 579.

[2]) Es gibt keine andere Theorie, die in Wahrheit etwas über die Erklärung der Notverordnung sagt. Die Theorie der „auflösend-be-

Von den Versuchen zur Widerlegung dieser Theorie soll hier nur der einzig wesentliche entkräftet werden. Man sagt, die Theorie scheitere daran, daß ein schon vorhandener, der Notverordnung entgegengesetzter Beschluß der Kammern diese unmöglich machen würde, was doch aber in Wahrheit nicht der Fall sei. Dieser Einwand übersieht die Möglichkeit einer Willensänderung des Parlaments. Selbstverständlich ist die Notverordnung auch dann möglich, wenn sich früher das Parlament in entgegengesetztem Sinne ausgesprochen hat. Die Vermutung der Regierung geht dann eben dahin, daß das Parlament (eventuell nach Vornahme von Neuwahlen) nunmehr anderen Sinnes geworden sei. Solche Willensänderung ist durchaus möglich und für den schließlichen Bestand der Notverordnung sogar unerläßlich[1]). Ist es freilich absolut sicher, daß die Volksvertretung ihre Zustimmung zur Maßregel der Regierung nicht geben wird, so wird man die Notverordnung als unzulässig anzusehen haben. Aber wie sollte jemals diese absolute Gewißheit in der praktischen Wirklichkeit in rechtlich einwandfreier Weise festgestellt werden können? Sie kann als

---

dingten Gesetzeskraft", so benannt und hauptsächlich vertreten von Glatzer (S. 69), enthält nichts, was irgendwie in Widerspruch zu der hier vertretenen Theorie stünde: auch hier wird selbstverständlich betont, daß der Landesfürst die Notverordnung in Ausübung eines ihm verfassungsmäßig zustehenden Rechts erlasse, auch hier wird der resolutiv bedingte Charakter der Notverordnung hervorgehoben. Nur bieten diese Tatsachen, wie sehr sie auch mit Notwendigkeit zum Charakter der Notverordnung gehören, keineswegs Anhaltspunkte für ihre theoretische Erklärung. Diese beiden Merkmale bilden (mit anderen) das Ding „Notverordnung", sagen uns aber nicht, wie dieses Ding möglich ist. Und darüber gerade soll doch die Theorie Aufschluß geben. Daß der Hinweis auf die Verfassung nichts Erklärendes enthält, ist schon oben gezeigt worden. Und ebenso gehört die Resolutivbedingung zwar notwendig zum Wesen der Notverordnung (gerade als Folge der Vermutungstheorie!), ohne uns aber eine Erklärung für ihr Wesen zu geben.

Den Resolutivcharakter betont besonders stark v. Gerber, (S. 143) der aber ebenfalls die Vermutungstheorie ablehnt.

[1]) Glatzer (S. 61 f.) tritt dieser Widerlegung entgegen: „ . . . es ist auf das Bestimmteste festzustellen . . ., daß, wie auf allen übrigen Gebieten staatlicher Tätigkeit die Art und der Inhalt des Handelns eines

ein lediglich der Spekulation angehörender Fall außer Betracht bleiben[1][2]).

Wenn die Notverordnung bei ihrem Erlaß das künftige Einverständnis des Parlaments zur Voraussetzung hat, so ist es klar, daß sie hinfällig wird, wenn diese Voraussetzung sich als unrichtig erweist. So ergibt sich als wesentliches Merkmal der Notverordnung ihre resolutive Bedingtheit. Die Notverordnung tritt mit demselben Augenblicke außer Kraft, in

---

Organs völlig unabhängig von der Person desjenigen, welcher den staatlichen Willen ausspricht, ist (Jellinek, Ges. u. Verordg. S. 330), ebenso auch ein Kammerbeschluß ohne Rücksicht auf die Personen, welche ihn gefaßt haben, als solcher in seiner Abstraktheit für den bestimmten Gegenstand die Meinung der Kammern darstellt, die als solche bis zu ihrer Aufhebung durch einen neuen Kammerbeschluß unbedingt besteht, von der darum auch in rechtlichen Konstruktionen, so in rechtlichen Vermutungen nicht mit Rückschluß auf einen künftigen Kammerbeschluß abgegangen werden kann." Aber warum nicht? Weil einmal eine Meinung ausgesprochen ist, und diese ohne Rücksicht auf ihre physischen Erzeuger Geltung hat, soll keine Meinungsänderung vermutet werden dürfen? Auch Glatzer meint gewiß nicht, daß ein einmal gefaßter Kammerbeschluß als ewig feststehend angesehen werden müsse. Sonst wäre ja jede Abänderung eines einmal gefaßten Beschlusses, jede Neueinbringung eines einmal abgelehnten Gesetzes unmöglich. Wenn aber die Möglichkeit von Willensänderungen vorhanden ist, ist nicht einzusehen, weshalb man sie nicht vermuten darf.

Die Beziehung auf Jellinek entbehrt der Berechtigung. Jellinek sagt an der betreffenden Stelle nur, daß mit der Auflösung des Parlaments u. dgl. der Akt des Parlaments seine Gültigkeit nicht verliere, er sei von den physischen Personen unabhängig. Das ist natürlich richtig, hat aber mit unserer Frage nichts zu tun: es wird ja nicht behauptet, daß der Akt des Parlaments als nicht vorhanden anzusehen sei, sondern daß die Möglichkeit einer Änderung angenommen werden dürfe. Dagegen spricht Jellinek nicht.

[1]) Einen unwesentlichen Einwand enthält die öfters widerkehrende Ausführung, daß jede „positive Bestimmung" für die Vermutung fehle (So E. A. Chr. S. 228): eine solche ist eben gänzlich überflüssig, da sich die Vermutung aus dem Wesen der Sache ergibt, und die Notverordnung nicht anders zu erklären ist. Seit wann werden auch theoretische Erklärungen in die Verfassungen aufgenommen?

[2]) Gegen die Vermutungstheorie außer den Genannten E. A. Chr. S. 228.

dem das Parlament seine Zustimmung versagt. Es bedarf dazu keines weiteren Aktes, keiner ausdrücklichen Außerkraftsetzung durch die Regierung[1]). Die Ablehnung durch das Parlament hat der Notverordnung die Basis ihrer Gültigkeit genommen. Es ist in demselben Augenblick klar, daß die Notverordnung ihren Beruf, ein Gesetz zu ersetzen, verfehlt hat. Die Vermutung, die zum Erlaß der Notverordnung berechtigen konnte, ist weggefallen, das Gelingen ihrer Absicht unmöglich geworden. Es ist die Bedingung gegeben, deren Eintritt die Notverordnung ungültig macht und ihre Aufhebung von selbst zur Folge hat.

Selbstverständlich ist, daß die Resolutivbedingung erst vom Zeitpunkt ihres Eintritts an Wirkung hat und eine Rückbeziehung nicht stattfindet, so daß also die Aufhebung der Notverordnung auf den Rechtszustand vor diesem Augenblick keinen Einfluß hat. Für diese Zeit bleibt die Notverordnung gültige Norm.

Die andere Auffassung, die noch eine besondere formelle Außerkraftsetzung durch die Regierung (zu der diese verpflichtet sei) verlangt, um die Wirkungen der Notverordnung aufzuheben, begründet ihre Anschauung damit, daß sie einen Unterschied zwischen Gültigkeit und Wirksamkeit der Normen macht und die Notverordnung mit der Ablehnung durch daß Parlament zwar als ungültig, aber noch nicht als unwirksam ansieht[2]). Dagegen ist zu sagen: Gerade die Giltigkeit, d. h., daß das Gesetz als Recht gilt, löst seine Wirkungen aus. Wenn diese Giltigkeit wegfällt, müssen also notwendiger Weise auch die Wirkungen wegfallen. Mit der Gegenüberstellung der Begriffe „Gültigkeit“ und „Wirksamkeit“ kann man zwar Unterschiede in der Betonung machen wollen, indem „Gültigkeit“ das rechtsmäßige Zustandekommen und Bestehen, „Wirksamkeit“ mehr die Folgen hiervon zum Ausdruck bringen soll, man darf dann aber diese Begriffe nicht in Gegensatz zu einander bringen,

---

[1]) Im Sinne des Textes: Meyer-Anschütz, Staatsr. S. 579; Spiegel, S. 201; Friedmann, S. 148; Ulbrich, S. 245; Gierke, deutsches Privatr. Bd. I S. 130.

[2]) Glatzer, S. 86; Bornhak, Preuß. Staatsr. I, S, 516.

da die Wirksamkeit nur mit Gültigkeit verbunden auftreten kann. Ein wirksames, ungiltiges Gesetz gibt es nicht[1].)

Die widerspruchsvolle Argumentation läßt sich auf einfache Weise erklären: es gibt eine ganze Anzahl Verfassungen, die tatsächlich eine Außerkraftsetzung verlangen[2]). Und man wird sagen müssen, daß diese Maßregel ihren guten Grund hat. Sie setzt für alle, die es angeht, einen in gleicher Weise deutlichen Zeitpunkt fest und fördert so in hohem Grade die Sicherheit und Gleichmäßigkeit des Rechtslebens. Aber es darf doch nicht übersehen werden — und dies ist der Hauptpunkt, der von den Gegnern nicht beachtet wird — daß, wenn durch diese Vorschriften die Notverordnung unter Umständen ein längeres Leben führen kann, als es ihr eigentlich zukommt, dies nicht ihrer eigenen Kraft zu verdanken ist, sondern daß die Verbindlichkeit der Notverordnung hier auf jenen Gesetzen beruht, die noch eine ausdrückliche Außerkraftsetzung vorschreiben. Die Wirksamkeit dieser — gültigen — Gesetze, die eine Verlängerung der Wirksamkeit der Notverordnung enthält, bringt es mit sich, daß die Notverordnung noch weiter besteht, so daß auch hier die Wirksamkeit auf ein gültiges Gesetz zurückgeht. Ein derartiges Fortbestehen ändert aber nichts daran, daß an sich, ohne eine andere gültige Vorschrift, die Notverordnung mit der Ablehnung durch das Parlament erlischt[3]).

---

[1]) Siehe dazu Jellinek, Recht d. mod. Staates S. 326: „Alles Recht hat als notwendiges Merkmal das der Gültigkeit. Ein Rechtssatz ist nur dann Bestandteil der Rechtsordnung, wenn er gilt. Ein nicht mehr geltendes Recht oder ein Recht, das erst Geltung gewinnen soll, ist nicht Recht im wahren Verstande des Wortes."

[2]) Die Interpratationsfrage, ob auch die Pr.V.A. eine solche Bestimmung enthält, kann hier nicht entschieden werden.

[3]) Etwas anders als Glatzer argumentiert v. Stengel (Staatsr. S. 174.): „Wird die Genehmigung nicht erteilt, so tritt . . . die Verordnung nicht von selbst außer Kraft, da die Verordnung ihre verbindliche Kraft nicht aus der Bedingung der Genehmigung, sondern aus dem Rechte des Königs, solche zu erlassen, herleitet." Die verbindliche Kraft fließt allerdings aus dem Rechte des Königs, und nicht aus der Genehmigung, ist aber durch diese resolutiv bedingt. Denn das Recht des Königs ist von vornherein mit der Bedingung belastet.

Es ist noch übrig, die Wirkung der Notverordnung etwas näher zu besprechen. Sie besteht, wie schon gesagt, darin, daß die Verordnung provisorisch die schwerfällige Form des Gesetzes vertritt, daß ihr Gesetzeskraft beigelegt, sie also mit der stärksten Wirkungsart staatlicher Willensäußerung ausgestattet wird. Es ist der Verordnung die Möglichkeit gegeben, dort tätig zu werden, wo in der Regel ein formelles Gesetz erforderlich ist[1]). Die Verordnung kann daher, ohne daß, wie sonst erforderlich, eine ausdrückliche Übertragung erfolgt, Gebiete des materiellen Rechtssatzes betreten. Dies ist ihre wesentliche Bedeutung. Es darf aber nicht übersehen werden, daß, da die Notverordnung ein formelles Gesetz ersetzt, auch Normen, die materiell Verwaltungsvorschriften sind, für die aber ausdrücklich die Gesetzgebung angeordnet wurde, von der Notverordnung bestimmt und so — durch einen eigentümlichen Zufall — der ihnen von Natur angemessenen Behandlungsweise zurückgegeben werden können. Die Notverordnung kann materiell nicht nur Gesetz, sondern auch Verordnung sein[2])[3]).

Neben dieser aktiven Bedeutung äußert sich die Gesetzeskraft in passiver Richtung dahin, daß die Notverordnung nur durch Gesetz oder Notverordnung abgeändert werden kann.

---

[1]) Spiegel, S. 122; Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 1 S. 130; Ulbrich, Österreichisches Staatsr., S. 245; v. Rönne, 2. Aufl. S. 173.

[2]) A. M. Glatzer (S. 69; siehe auch Schulze, Deutsches Staatsr. Bd. 1 S. 531), der das provisorische Gesetz als „staatliche, in Verordnungsform geschehende Willensäußerung mit Gesetzesinhalt" auffaßt, wobei Gesetzesinhalt materielles Gesetz bedeutet. Dies ergibt sich aus der Stelle (Glatzer, S. 102): „Zählte man sie aber zu den — formellen — Verordnungen, so würde der Umstand . . ., daß auch eine materielle oder Verwaltungsverordnung, welche laut ausdrücklicher Vorschrift der formellen Gesetzgebung zuerteilt ist, wiederum als formelle Verordnung erscheint, eine Absonderlichkeit bedeuten, die sich schwer erklären ließe."

Es dürften danach also keine formellen Gesetze, die materiell Verordnungen sind, durch die Notverordnung ersetzt werden. Warum man aber die von ihm verschmähte Folgerung nicht ziehen soll, ist keineswegs einzusehen, da doch die Notverordnung lediglich die Form des Gesetzes ersetzen will.

[3]) Jellinek, S. 378.

Die Gesetzeskraft ist der Notverordnung nur provisorisch zugestanden. Sie ist durch die spätere Genehmigung des Parlaments bedingt[1]). Es ist aber davor zu warnen, die Gesetzeskraft der Notverordnung deshalb als schwächer anzusehen. Die zeitliche Begrenztheit bedeutet keine geringere Intensität. Während des Provisoriums wirkt die Notverordnung genau so stark und genau so verpflichtend wie ein Gesetz.

Seligmann[2]) sieht in der Gesetzeskraft der Notverordnung nur die Fähigkeit, Recht zu schaffen, und streitet ihr die Gleichstellung mit dem Gesetz in formeller Beziehung ab: „Daß erstere (die formelle Gesetzeskraft) den sogenannten Notverordnungen nicht zukommt, erscheint unzweifelhaft. Dieselbe ist jene Autorität der Geltung, welche sich darin äußert, daß eine Vorschrift nur durch ein formelles Gesetz beseitigt werden kann. Daß aber sogenannte Notverordnungen nur auf diese Weise aus der Welt zu schaffen seien, ist nicht anzunehmen. Zunächst dürfte, falls die Kammern noch keinen Beschluß gefaßt haben, zur Aufhebung der einfache Befehl der Krone genügen. Sodann stellt sich auch die Zurücknahme nach Versagung der parlamentarischen Genehmigung aus dem Grunde nicht als ein formelles Gesetz dar, weil die Zurücknahme nicht nur dann erfolgen muß und erfolgt, wenn beide Häuser die Zustimmung versagen, sondern schon in dem Fall, wenn eine der beiden Kammern die Behebung verlangt".

Der Befehl der Krone, von dem Seligmann spricht, kann nur wiederum eine Notverordnung sein, die ja, als gleich starke Rechtsquelle, zu ihrer Aufhebung genügt. Meint Seligmann irgendeine andere, beliebige Anordnung, so stellt er eine Be-

---

[1]) Dernburg (S. 31; gegen ihn auch Rosin, S. 252) bestreitet ohne ersichtlichen Grund die Möglichkeit bedingter Gesetzeskraft. „Denn eine bloß bedingt wirkende Gesetzesnorm ist mit dem Wesen des Gesetzes als bindender Vorschrift unvereinbar." Vielleicht will er sich nur dagegen wehren, daß man die Bedingung ex tunc wirken läßt und so unter Umständen alle verbindlichen Wirkungen beseitigt. Dann übersieht er die Möglichkeit der Wirkung ex nunc, so daß der Satz in seiner Allgemeinheit auf jeden Fall unrichtig ist.

[2]) Seligmann, S. 117.

hauptung auf, für deren Richtigkeit nicht der geringste Beweis vorhanden ist. Es dürfte wohl niemand daran denken, eine Notverordnung, die ein Gesetz ersetzen soll, jeder einfachen Anordnung zu unterwerfen.

Der zweite Einwand Seligmanns erklärt sich aus einem Fehler, der öfters bei der Betrachtung der Notverordnung gemacht wird und zu schiefen Urteilen führt. Er übersieht das Provisorische in der Natur der Notverordnung und zieht aus dem Charakter der Notverordnung nach der Entscheidung des Parlaments Schlüsse auf den Charakter der Notverordnung, wie sie vorher ist. Dabei wird übersehen, daß die Notverordnung mit der Behandlung im Parlament eine fundamentale Änderung ihres Wesens erleidet, und daß die Eigenschaften, die ihr vorher zukommen, vollkommen für sich betrachtet werden müssen. Die Tatsache, daß diese Eigenschaften nur provisorisch vorhanden sind, dürfen nicht dazu führen, in der Notverordnung während der ganzen Zeit ihres Vorhandenseins als Rechtsnorm — ohne und mit parlamentarische Mitwirkung — etwas Einheitliches sehen zu wollen. Wenn Seligmann sagt, daß schon eine Kammer die Notverordnung zum Erlöschen bringen könne, während doch ein formelles Gesetz Übereinstimmung der Kammern verlange, so übersieht er, daß mit dem Augenblick, wo die Notverordnung im Parlament zur Verhandlung kommt, die Zeit vorbei ist, wo sie das Gesetz vertreten und die Kraft des Gesetzes haben sollte. Das Provisorium ist zu Ende, und die Schwächen der Notverordnung, die in ihrer Surrogatnatur begründet sind, treten zutage. Die Notverordnung soll jetzt nicht mehr wie ein Gesetz gelten, sie hat ja gerade die Absicht, (gewöhnlich wenigstens wird dies der Fall sein) Gesetz zu werden. Diesen Zeitpunkt darf Seligmann daher nicht zu Schlüssen über die Natur des provisorischen Zustandes benutzen.

Seligmanns Argumente sind also hinfällig. Die beiden von ihm gebrachten Einzelfälle können nichts gegen den allgemeinen Gedanken beweisen, daß die Notverordnung, die ein Gesetz ersetzen soll, auch die Eigenschaften haben muß, welche die Wirkung des Gesetzes gewährleisten.

Auch Hansel[1]) schreibt den Notverordnungen nicht die Gesetzeskraft in ihrem vollem Umfange, sondern nur gesetzesähnliche Kraft zu. Es gebe kein richterliches Prüfungsrecht der Notverordnungen, und daher könne es kommen, daß auch rechtsungültige Notverordnungen verbindlich seien. „Und daraus folgt, daß die Notverordnung die Wirksamkeit älterer entgegenstehender Gesetze aufhebt, ohne daß damit deren Rechtmäßigkeit und formelle Bedeutung berührt wird. Denn es kann nicht die Aufgabe einer provisorischen Gesetzgebung sein, wie z. B. der Notverordnung, die regelmäßige Gesetzgebung vollständig zu beseitigen, sondern sie kann und will dieselbe nur während gewisser unregelmäßiger Zeiträume suspendieren. In dieser Fähigkeit der Notverordnung, die sich von der Intensität des Gesetzes dadurch unterscheidet, daß letzeres ältere entgegenstehende Anordnungen auch formell aufhebt, während die Notverordnung sie nur materiell außer Kraft setzt, besteht die aktive Gesetzeskraft — oder besser und präziser gesetzesähnliche Kraft der Notverordnung."

Diese Ausführungen haben einen Grundfehler: es wäre vielleicht möglich, aus dem Charakter der Notverordnung Folgerungen für das richterliche Prüfungsrecht zu ziehen, nicht aber darf man, wie Hansel das tut, aus dem richterlichen Prüfungsrecht die Notverordnung zu konstruieren suchen. Das Prüfungsrecht ist doch erst ein Akzessorium, die Notverordnung ist immer das Primäre: sie kann wohl ohne Prüfungsrecht, nicht aber das Prüfungsrecht ohne Notverordnung gedacht werden. Eine Beweisführung, die vom Prüfungsrecht auf den Charakter der Notverordnung schließt, ist daher schon in ihrer Grundlage vollkommen verfehlt und abzulehnen.

Die Darlegungen Hansels bieten aber auch in ihren Folgerungen nichts, was dazu führen könnte, der Notverordnung die Gesetzeskraft abzusprechen. Wenn Hansel sagt, daß die Notverordnung nur suspendiere, nicht aufhebe, so ist zu erwidern, daß die Suspension eben eine zeitweilige Aufhebung ist. Hansel verfällt hier in den Fehler Seligmanns: er denkt

---

[1]) Hansel, S. 25 f.

nicht daran, daß die Notverordnung nur ein Provisorium bedeutet. Die Wirkung soll ja nichts als zeitweilige Aufhebung oder Suspension sein. Das genügt aber vollkommen. Denn für den Zeitraum des Provisoriums, der allein in Betracht kommt, hat hiermit die Notverordnung die volle Gesetzeskraft.

Hansel kommt bei seiner Beweisführung auch auf die schon oben besprochene Gegenüberstellung von Rechtsgültigkeit und Verbindlichkeit. Hier aber hat die Aufstellung dieses Gegensatzes nicht die geringste Berechtigung. Es wird nicht bewiesen werden können, daß Notverordnungen, die zu Unrecht erlassen worden sind, etwa unter Überschreitung der verfassungsmäßigen Schranken, wirksame, verbindliche Normen darstellen[1]).

Die Folgerung Hansels[2]), daß die Notverordnung nicht in der Aufhebung von Gesetzen bestehen dürfe, zeigt deutlich die Unhaltbarkeit seiner Auffassung. Was soll geschehen, wenn gerade eine derartige Maßregel notwendig sein sollte? Mit dieser Einschränkung würde das Institut der Notverordnung unpraktisch und durchaus ungenügend.

Gerade umgekehrt wie Hansel, welcher der Notverordnung die Fähigkeit abspricht, Gesetze aufzuheben, sieht Zolger[3]) in der Gesetzeskraft der Notverordnung (außer der materiellen Seite, der Fähigkeit, Recht zu schaffen) in formeller Beziehung nur die Möglichkeit der Aufhebung älterer Gesetze. „Dieser Vernichtungsakt ist die einzige Äußerung der Gesetzeskraft der Notverordnung. Namentlich ist nicht eine Funktion der Gesetzeskraft, daß, was zuzugeben ist, die Notverordnung nur durch ein Gesetz oder eine Notverordnung aufgehoben werden könne. Daß eine Notverordnung grundsätzlich, d. h., wenn nichts anderes bestimmt ist, nur durch ein Gesetz oder eine neue Notverordnung aufgehoben werden könne, ist eine

---

[1]) Die Befugnis zur Prüfung der Rechtsgültigkeit kann durch gesetzliche Bestimmung eingeschränkt werden (vgl. Pr.V.U. Art. 106 II). Eine solche Bestimmung kann dann in der oben (S. 78) dargelegten Weise eine Wirksamkeit der an sich ungültigen Norm herbeiführen.

[2]) S. 51.

[3]) Zolger, S. 393.

Folge des der Gesetzgebung vorbehaltenen Inhalts der Notverordnung."

Zolgers Auffassung ist deshalb unhaltbar, weil, wie namentlich nach den Ausführungen Labands[1]) und dem Ergebnis der bekannten Diskussion über den Begriff der formellen Gesetzeskraft als feststehend angenommen werden kann, die Gesetzeskraft im formellen Sinne an sich von dem Inhalt der Vorschriften, denen sie zugesprochen wird, unabhängig ist. Die Behauptung Zolgers, daß der materielle Rechtsgehalt[2]) einer Vorschrift für sie notwendig die formelle Gesetzeskraft zur Folge habe, wird durch einen einfachen Hinweis auf die Rechtsverordnungen widerlegt. Daß umgekehrt das Vorhandensein formeller Gesetzeskraft noch keinen Aufschluß über den materiellen Rechtsgehalt der Vorschriften gibt, wird durch die Gesetze im (rein) formellen Sinne bewiesen. Wenn also der Inhalt einer Vorschrift in keiner Beziehung etwas mit ihren formellen Wirkungen zu tun hat, so läßt sich auch die Nichtaufhebbarkeit der Notverordnungen durch gewöhnliche Verordnungen nicht aus ihrem materiellrechtlichen Inhalt erklären, sondern nur daraus, daß der Notverordnung die Gesetzeskraft im vollen Umfange verliehen ist. Auch diese Wirkung der Notverordnung muß auf die Gesetzeskraft zurückgeführt werden. Es zeigt sich also wiederum, daß die Notverordnung keine besonders gearteten Wirkungen äußert. Der Satz: „Sie vertritt ein Gesetz" ist ungekünstelt und einfach im vollen und ursprünglichen Sinne zu nehmen.

Nachdem die Art der Wirkung als letzte der wesentlichen Eigenschaften der Notverordnung besprochen ist, wird sich aus dem Gesamtbild ergeben, welcher der verschiedenen Arten staatlicher Willensäußerung die Notverordnung zuzurechnen ist.

---

[1]) Siehe statt Aller Laband, Staatsr. 4. Aufl. Bd. 2 S. 55 f.

[2]) „Materieller Rechtsgehalt" gibt vielleicht den Sinn der Zolgerschen Worte, der nur von „der Gesetzgebung vorbehaltenem Inhalt" spricht, nicht ganz genau wieder. Zolger gibt damit jedoch nur eine unwesentliche Erweiterung des Materiellen, so daß die Ausführungen, die sich gegen die Vermischung von Inhalt und Form richten, auch gegen ihn ihre volle Kraft behalten.

Sie wird des öfteren — diese Meinung ist wieder am eingehendsten von Glatzer[1]) begründet — als Gesetz aufgefaßt. Die Notverordnung müsse den Kammern vorgelegt werden, es liege hier also „keine Umwandlung des Wesensgehaltes der Gesetzgebung, sondern nur eine außergewöhnliche Umstellung ihrer Momente vor".

Als selbstverständliche Voraussetzung für die Feststellung des Platzes der Notverordnung ist zu betonen, daß es sich hier nur um die formellen Begriffe „Gesetz" und „Verordnung" handeln kann. Die Notverordnung soll ja einen Behelf für die Fälle bilden, in denen gerade die Form des Gesetzes lästig und gefährlich wird. Wenn die staatlichen Willensakte nach der materiellen und der formellen Seite hin angesehen werden können — zwei Arten der Betrachtung, die verschiedene Kategorien darstellen und nicht miteinander verglichen oder vermischt werden dürfen[2]) — so ist hier die Frage nach dem Inhalt, die ja, wie bereits erwähnt, nicht entschieden werden kann, völlig belanglos, da die Notverordnung in die formelle Kategorie gehört und nur dieser Betrachtungsweise zugänglich ist.

Wir müssen ferner — wie schon wiederholt betont — festhalten, daß die Notverordnung für sich, in ihrer provisorischen Gestalt, betrachtet werden muß. Geschieht dies, so erkennen wir sogleich, daß wir es mit mehr als mit einer außergewöhnlichen Umstellung des Ganges der Gesetzgebung zu tun haben. Wenn die Notverordnung von der Kammer genehmigt, der provisorische Zustand also beendigt ist, ist sie etwas ganz anderes geworden als sie vorher war. Ihre Verbindlichkeit beruht jetzt auf dem übereinstimmenden Willen

---

[1]) Glatzer, S. 100 f.; Wielandt, S. 168; v. Stengel, Staatsrecht S. 173; Arndt, V.U. S. 262.

[2]) Laband (Staatsrecht d. Deutschen Reiches 4. Aufl. Bd. 2 S. 57): „Gesetz im materiellen und Gesetz im formellen Sinne verhalten sich daher zueinander nicht wie Gattung und Art, wie ein weiterer und ein ihm untergeordneter engerer Begriff, sondern es sind zwei durchaus verschiedene Begriffe, von denen jeder durch ein anderes Merkmal bestimmt wird, der eine durch den Inhalt, der andere durch die Form einer Willenserklärung."

von Regierung und Parlament. Es ist also der gesetzgebende Körper tätig geworden, es ist die Form der staatlichen Willensäußerung vorhanden, die als Gesetz bezeichnet wird. Vorher gründet sich die Verbindlichkeit der Notverordnung lediglich auf den Ausspruch der Regierung. Nur vom Ausspruch der Regierung kann während des Provisoriums die Notverordnung ihre verpflichtende Kraft herleiten. Dieser ist für sich allein genügend[1]). Es liegt nichts anderes vor als diese Anordnung der Regierung. Es ist also die zweite Form staatlicher Willensäußerung vorhanden, welche auf die Regierung allein zurückgeht und als Verordnung bezeichnet wird[2]). Damit ist es klar gestellt, daß die Notverordnung, solange sie als Notverordnung überhaupt in Betracht kommt, d. h. während des Provisoriums — und das ist das einzige Wesentliche, da ja nachher in den gewöhnlichen Gang der Dinge eingelenkt wird — zweifellos als Verordnung anzusehen ist[3]).

---

[1]) Das übersieht Bluntschli (Staatswörterbuch Bd. 2 S. 743), wenn er sagt: „Dieselben (die provisorischen Gesetze) sind . . . zu unterscheiden von den Verordnungen im eigentlichen Sinne, die nicht auf der Autorität des ganzen Staates und nicht auf der Autorität des Gesetzgebers beruhen, sondern entweder auf obrigkeitlicher Regierungsautorität, bzw. einzelner Behörden und Ämter, oder auf der Autonomie von Gemeinden und Körperschaften beruhen. Die provisorischen Gesetze dagegen werden von der gesetzgebenden Gewalt erlassen; und das Eigentümliche besteht darin, daß ein Faktor derselben, das Staatshaupt, einstweilen auch als Stellvertreter der beiden anderen abwesenden Faktoren handelt.“ Hier ist das grundsätzliche Moment übersehen, daß die Regierung durchaus als Regierung, nicht als Vertreterin des Parlaments handelt. Auf der spezifischen Regierungsgewalt ruht die Verbindlichkeit des provisorischen Gesetzes. Es wird nicht etwa die Kompetenz des Parlaments auf die Regierung übertragen, und diese Vollmacht wirkt dann verpflichtend, sondern die Regierung vertritt das Parlament nur mit ihrer eigenen Kraft. Sie erhält nicht ein von ihrer Verordnungsgewalt verschieden geartetes, neues Machtbereich zugewiesen. Die Befugnis zum Erlaß von Notverordnungen ist, wie die Übertragung anderer Rechtsverordnungen, nur eine Vermehrung der regulären Verordnungsgewalt der Regierung. Die Notverordnung hat gerade den von Bluntschli als kennzeichnend für die Verordnungen angeführten Zug mit diesen gemein und unterscheidet sich nur durch die Wirkung, die sich aus dem Zweck ergibt.

[2]) S. 61, 59.

[3]) Gleicher Ansicht: Zöpfl, Bd. 2 S. 926; v. Rönne, 2. Aufl. S. 173;

So erhalten wir das Ergebnis, daß eine Vorschrift, die in der Regel den Inhalt eines materiellen Gesetzes und immer die Wirkung des formellen Gesetzes hat, trotzdem als Verordnung anzusehen ist, weil sie nicht eine Willensäußerung des gesetzgebenden Körpers, sondern der Regierung darstellt, d. h. weil sie in der Form der Verordnung erlassen ist.

Diese Verordnung ist, wie aus den Darlegungen S. 79 folgt, in der Regel eine Rechtsverordnung, sie kann aber auch eine Verwaltungsverordnung sein. Wenn man im allgemeinen in der Notverordnung eine Art der Rechtsverordnung sieht, so geht man dabei von ihrer, dem Gesetz gleichen Wirkung aus. Da jedoch die Unterscheidung von Rechtsverordnungen und Verwaltungsverordnungen eine Teilung nach dem Inhalt bedeutet, so kann man die Notverordnungen nicht ohne Einschränkung unter die Rechtsverordnungen einreihen, vielmehr kann es auch Notverordnungen geben, die — ihrem Inhalte nach — als Verwaltungsverordnungen zu charakterisieren sind.

§ 13.

Die Verwaltungsverordnungen.

Die Verwaltungsverordnung hat einen Verwaltungsbefehl zum Inhalt[1][2]). Sie stellt keine eigentümlich geartete Befugnis des Staates dar. Wie jedes Individuum für den Kreis seiner Tätigkeit Anordnungen treffen kann, so auch der Staat: Indem diese Anordnungen zu allgemeinen Regeln gestaltet werden, ergibt sich die Verwaltungsverordnung. Durch sie gibt die

---

Schulze, Deutsches Staatsr. Bd. 1 S. 531; Schwartz, S. 209; Zolger, S. 385, 395.

[1]) Die Schriftsteller, welche die Verwaltung nur als Vollziehung anerkennen, sprechen von Vollzugsverordnungen. Diese haben im wesentlichen gleiche Charakterzüge. So Ulbrich, S. 250; Hänel, Staatsr. S. 275, 285; Löning, S. 228; Hänel, Organisatorische Entwicklung, S. 62.

[2]) Laband, 4. Aufl. Bd. 2 S. 78, 185; Rosin, S. 27; Schulze, Deutsches Staatsr. Bd. I S. 529; Gaupp, S. 166; Anschütz Studien, S. 55; Prazák, S. 462; Meyer, Bd. I S. 8; Anschütz, Begriff S. 175; Anschütz bei Holtzendorff, S. 604; Jellinek, S. 385; Gierke, Grundbegriffe S. 189; Cahen, S. 190; Zolger, S. 50; Seydel, Staatslehre S. 28.

obere Behörde der unteren Vorschriften über die Art, wie sie die ihr zustehenden Machtmittel zu verwenden hat, überhaupt über ihr Vorgehen. Ihre verbindliche Kraft schöpft die Verwaltungsverordnung lediglich aus der Dienstgewalt. Die Gehorsamspflicht der untergeordneten Organe gegenüber den höheren bringt es mit sich, daß alle Befehle dieser, also auch die allgemeinen Normen, von jenen zu befolgen sind. Einen Rechtssatz erzeugt die Verwaltungsverordnung also nicht. Denn es fehlt ihr an jener Autorität, die der Rechtssatz in sich selbst trägt. Sie äußert nur innerhalb des Verwaltungsapparates dem Rechtssatz gleiche, verbindliche Wirkungen. Sie begrenzt nicht verschiedene Willenssphären, sondern stellt sich als Selbstbindung des verwaltenden Staates dar. Der Verwaltung als Ganzem steht sie nicht als Vorschrift einer übergeordneten Macht, die einer anderen Persönlichkeit zu eigen ist, gegenüber. Sie schafft nicht neues Recht, sondern bewegt sich innerhalb der durch Gesetz der Verwaltung zugeschriebenen Zuständigkeit. Die Verwaltungsverordnung wird nicht um ihrer selbst willen beachtet, sondern als Ausfluß des Rechts auf Gehorsam, das der oberen Behörde zusteht. Daher ist ihre Verletzung keine Rechtsverletzung. Ein von einer solchen Verletzung getroffener Privater kann nicht zu den gegen Überschreitung des Rechts gegebenen Mitteln greifen. Die Nichtbeachtung einer Verwaltungsverordnung ist lediglich die Verletzung einer Amtspflicht.

Verwaltungsverordnungen brauchen ihre Wirksamkeit nicht auf den Behördenorganismus zu beschränken, sondern können sich auch an Untertanen wenden[1]). Dies natürlich nur so weit, als eine Gehorsamspflicht der Untertanen gegenüber der Behörde begründet ist. Diese Gehorsamspflicht muß durch einen die Kompetenz regelnden Rechssatz ausdrücklich festgestellt sein. Die Verbindlichkeit für die Untertanen geht also, wie schon oben bemerkt wurde, immer auf einen Rechtssatz zurück. Um diese Vorschriften von Rechtssätzen zu unterscheiden, wird

---

[1]) Anschütz, Studien S. 55, 71; Brie, S. 46; Jellinek, S. 386; Hänel, Staatsr. S. 287; Cahen, S. 154.

stets darauf zu achten sein, welche Wirkung die Norm sich beilegt. Es kommt also auf ihre subjektive Seite an. Will sie als Rechtssatz unmittelbar durch sich selbst verbindlich wirken, so haben wir einen Rechtssatz vor uns. Ist ihr Zweck aber, trotzdem sie sich an Untertanen richtet, lediglich auf Durchführung eines Verwaltungszweckes gerichtet, besteht nicht die Absicht, Recht für die Untertanen zu schaffen, so handelt es sich um eine Verwaltungsverordnung. Jedenfalls darf man nicht ohne weiteres sagen, daß ein Rechtssatz nicht vorhanden sei, wenn die Norm in Ausübung eines subjektiven Rechts erlassen werde. Dabei handelt es sich nur um die schon erwähnte Möglichkeit, daß auch Rechtssätze in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen und auf Grund eines zu ihrem Erlasse ermächtigenden subjektiven Rechts geschaffen werden können.

Ein besonderes Verordnungsrecht besteht für die Verwaltungsverordnung naturgemäß nicht. Denn sie ist die der Verwaltung adaequate Art der Willensäußerung[1]). Soweit sich das Gebiet der Verwaltung erstreckt, gibt es auch für die verwaltenden Behörden naturgemäß ein Recht, Verwaltungsverordnungen zu erlassen. Jede Behörde ist ohne weiteres befugt, innerhalb ihrer Kompetenz an alle, welche ihr zum Gehorsam verpflichtet sind, Verordnungen ergehen zu lassen.

Ebensowenig ist eine besondere Art der Entstehung oder Bekanntmachung vorgeschrieben. Es gelten hierfür die für jede Willensäußerung bestehenden Regeln[2]). Die Verwaltungsverordnung wird in der Regel durch einfache Mitteilung an die Behörde, an welche sie sich richtet, bekannt gemacht werden; sie kann aber natürlich auch durch besondere Verordnungsblätter oder Veröffentlichungen, die einem größeren Kreise zugänglich sind, verkündet werden, sofern sie nur der Stelle zukommt, für die sie bestimmt ist.

Schließlich ist noch zu untersuchen, ob eine Verwaltungs-

---

[1]) Ulbrich, S. 251; Hänel, Organisatorische Entwicklung S. 63; Anschütz bei Holtzendorff, S. 603; Jellinek, S. 390.

[2]) Jellinek, S. 394; Laband, Staatsr. Bd. I S. 698; Hänel, Organisatorische Entwicklung S. 66.

verordnung sich in ein Gesetz verwandeln kann. Daß eine Verwaltungsverordnung durch einen Akt der Gesetzgebung zum formellen Gesetz werden kann, ist ohne weiteres klar und unbestritten. Dagegen leuchtet nicht ohne weiteres ein, daß eine Verwaltungsverordnung auch materiell sich in ein Gesetz verwandeln kann. Jellinek[1]) bestreitet dies für alle Fälle und es erscheint in der Tat unmöglich, da ja doch Gesetzgebung und Verwaltung sich gerade materiell unterscheiden sollen, und ein Übergang der Materie der Verwaltungsvorschrift in die des Rechtssatzes ausgeschlossen erscheint. Indessen gibt es doch Fälle, in denen eine Verwaltungsverordnung auch materiell Gesetz werden kann. Wenn sie sich nämlich an die Untertanen richtet und durch den Gesetzgebungsakt nicht nur der unmittelbare tatsächliche Erfolg, die Verpflichtung zu Leistungen oder Verhaltungen irgendwelcher Art hervorgerufen werden soll, die rein für sich als tatsächliche Vorgänge wohl auch schon durch die Verordnung bewirkt worden sind, sondern wenn zugleich durch den Gesetzgebungsakt die staatliche Anordnung in die höhere Kategorie des Rechtssatzes erhoben, mit seiner spezifischen Autorität ausgestattet werden, also als von dem höchsten Willen des Staates ausgehend erscheinen soll, dann findet auch eine materielle Änderung des Charakters der Verwaltungsverordnung statt. Man wird in diesen Fällen Rosin zustimmen müssen, wenn er sagt: „Die Verwaltungsverordnung, welche bzw. insoweit sie Beziehungen der Verwaltung zum einzelnen regelt, kann Gesetz werden, wenn sie von der Gesetzgebung ihrem Inhalte nach übernommen wird. Aber indem sie dann beiden Rechtspersönlichkeiten durch die Gesetzgebung als durch eine über ihnen stehende Potenz gesetzt ist, ist sie regelmäßig auch inhaltlich zu einer rechtlichen Abgrenzung der Rechtssphären beider geworden. Was bis dahin Selbstbindung der Verwaltung aus Zweckmäßigkeitsgründen war, hat sich durch die veränderte Grenzregulierung jetzt formell und materiell zu einer Beschränkung derselben durch Rechtssatz gestaltet[2])."

[1]) Jellinek, S. 389; ebenso Seligmann S. 78.

[2]) Rosin, S. 31; ebenso Anschütz, Studien S. 57; Zolger S. 58.

Immer wenn eine Verwaltungsverordnung zu einem Gesetze umgestaltet wird, hat dies zur Folge, daß der Inhalt der Anordnung fortan der Regelung durch Verordnung entzogen ist[1]). Die Anordnung ist jetzt in die höchste und stärkste Klasse der staatlichen Willensäußerungen hineingerückt, gegenüber welcher die ihr unterworfene Verordnung machtlos ist, so daß sie sich jeder Betätigung auf dem vom Gesetz ergriffenen Gebiet zu enthalten hat.

---

[1]) Pröbst, S. 289

Lebenslauf.

Ich bin am 1. April 1889 in Frankenstein (Schlesien) als Sohn des Kaufmanns Hermann Bileski und seiner Ehefrau Valesca geb. Würckheim geboren. Ich bin Jude und preußischer Staatsangehöriger. Ich besuchte das Köllnische Gymnasium zu Berlin, wo ich Ostern 1907 die Reifeprüfung bestand.

Nunmehr studierte ich an den Universitäten Berlin und Breslau sechs Semester Rechtswissenschaften. Am 30. Juni 1910 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung, am 12. Juli 1910 die mündliche Doktorprüfung. Am 5. August 1910 begann ich den Vorbereitungsdienst am Kgl. Amtsgericht Cöpenick.

Vom 1. Oktober 1910 bis 31. September 1911 genügte ich meiner Dienstpflicht beim Telegraphen-Bataillon Nr. 1 in Berlin-Treptow.

Gegenwärtig bin ich beim Kgl. Landgericht I Berlin beschäftigt.

Druck von C. Schulze & Co., G. m. b. H., Gräfenhainichen.